Stellung und Bedeutung der Carolina im gemeinen Recht

*

Abhandlung

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

vorgelegt von

Siegfried Schmidt

1938

Buchdruckerei Fritz & Rappert Nachfolger (Inh.: Anton Weltz), Ochsenfurt a. Main

iss. Bonn

*45333

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. *H. von Weber* und Dr. *Alex. Graf zu Dohna*

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546406_0094

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung 7

I. *Stellung und Ansehen der Carolina im 16. Jahrhundert und zu Anfang des 17. Jahrhunderts* 8

§ 1. Die Carolina als verbindliches Reichsgesetz 8

a) Zweck der Carolina 8

b) Bedeutung der salvatorischen Klausel 10

c) Die Carolina und das jus divinum 13

d) Stellung der Carolina innerhalb des römischen Rechts . . 15

§ 2. Einfluß der Carolina auf Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung 18

a) Das Verhältnis der Wissenschaft zur Carolina . . . 18

b) Die Anerkennung der Carolina als eines verbindlichen Reichsgesetzes durch die Partikulargesetzgebung 21

aa) Gesetze ohne Rücksicht auf die Carolina . . . 22

bb) Einfache Verweisungen auf die Carolina . . . 22

cc) Gesetzbücher zur Ergänzung der Carolina oder zur Entscheidung zweifelhafter Fragen, insbesondere die Constitutiones Saxonicae 24

dd) Sonstige Gesetzbücher mit Rücksicht auf die Carolina . 28

c) Auswirkung der Carolina auf die Rechtsprechung . . 30

§ 3. Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina während des ersten Jahrhunderts ihrer Geltung . . . 32

II. *Bedeutung der Carolina im 17. Jahrhundert* 33

§ 4. Einfluß der Ideen der Reformation auf das Strafrecht . . 33

a) Starkes Hervortreten des jus divinum in der Strafrechtsauffassung des Protestantismus 33

b) Bedeutung der positiven Strafgesetze innerhalb der Rechtsordnung 35

§ 5. Das Verhältnis der Praxis, insbesondere Carpzovs zu der Carolina 36

a) Die Carolina als subsidiäre Rechtsquelle zum Partikularrecht 36

b) Die Carolina und die rechtspolitischen Bedürfnisse der Zeit 37

Seite

§ 6. Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina im 17. Jahrhundert 39

III. *Die Carolina in der Epoche des Naturrechts* 40

§ 7. Einfluß der Naturrechtslehre auf den Begriff des Strafgesetzes . 40

§ 8. Erhöhtes Ansehen der Carolina 43

a) Auffassung von der Carolina als einer deutschen Rechtsquelle 43

b) Kritik der Naturrechtler an den Mängeln der Carolina . 45

c) Die Carolina und die Partikulargesetzgebung . . . 46

§ 9. Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina in der Epoche des Naturrechts 46

IV. *Bedeutung der Carolina zur Zeit der Aufklärung* 47

§ 10. Die Carolina und die Codificationen der Einzelstaaten . . 47

§ 11. Das Verhältnis von Wissenschaft und Praxis zur Carolina . 50

§ 12. Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina zur Zeit der Aufklärung 51

Im Schrifttum über die Carolina — über das wichtigste Gesetz des Ersten Reiches auf außerstaatsrechtlichem Gebiete — stehen sich zwei grundsätzliche Meinungen gegenüber[1]): Die ältere von ihnen, die besonders von *Malblanc* in seinem 1783 erschienenen Buch über die „Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V." vertreten wurde, will der Carolina lediglich die Bedeutung eines für die ungebildeten Schöffen bestimmten Lehrbuches beimessen, das keinerlei rechtsverbindlichen Charakter trage und das auch demgemäß wenig von Wissenschaft und Gesetzgebung beachtet worden sei. Demgegenüber beweist *Carl Georg v. Wächter* in seinen Abhandlungen, daß in der Carolina vor allem ein verbindliches *Gesetz* zu erblicken sei, das eine unter Berücksichtigung der damaligen Verhältnisse große Wirkung auf die fernere strafrechtliche Entwicklung ausgeübt habe. Aber Wächters Untersuchungen liegen ein Jahrhundert zurück. Es mag deshalb angebracht erscheinen, an Hand der inzwischen über diese Frage erschienenen Literatur Wächters These noch einmal zu überprüfen und erforderlichenfalls zu ergänzen.

Aber noch ein zweites Problem bietet uns die Carolina während der Zeit ihrer Geltung: Das Heilige Römische Reich deutscher Nation erfuhr von der Reformationszeit bis zu seinem endgültigen Ende noch viele weltanschauliche und politische Wandlungen, aber der Wortlaut der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. blieb während der annähernd 300 Jahre unverändert in Geltung. Angesichts dieser Tatsachen können wir rückschauend auf eine nunmehr abgeschlossene Epoche erkennen, wie abhängig die Bedeutung eines Gesetzes bei gleichbleibendem Wortlaut und rechtlich unveränderter Geltung von der historischen Entwicklung ist, und wie andere Zeiten das Problem des Verhältnisses und mitunter auftretender Spannungen zwischen positivem Gesetz und der tatsächlichen Rechtsordnung der einzelnen geschichtlichen Phasen gelöst haben.

---

[1]) Vergl. unten S. 10 ff., S. 18 ff.

I. Stellung und Ansehen der Carolina im 16. Jahrhundert und zu Anfang des 17. Jahrhunderts.

§ 1.

Die Carolina als verbindliches Reichsgesetz.

a) Zweck der Carolina.

Um die Stellung und Bedeutung der Carolina zur Zeit ihres Erlasses eindeutig umreißen zu können, müssen wir uns zuerst vergegenwärtigen, welchen Zweck man mit ihrer Publikation erreichen wollte, und was sie nach dem Willen ihrer Urheber und Verfasser darstellen *sollte*.

Das Recht jener Zeit, wie jeder unruhigen und gärenden Zeit, war unklar. Vor allem auf dem Gebiete des Strafrechts war der Zustand ein unhaltbarer und trostloser geworden, weil sich am Ende des Mittelalters infolge der Verlagerung und Umschichtung in der sozialen Struktur[2]) ein Verbrechertum in großem Ausmaße herausgebildet hatte. Dieser Steigerung der Kriminalität suchten die nach Ordnung und Sicherheit strebenden Städte und die langsam auf die absolutistische Staatsform hinarbeitenden Fürsten mit aller Macht entgegenzutreten. Das glaubte man nach der für kriminalpsychologische Erwägungen noch nicht zugänglichen Anschauung jener Zeit durch immer härtere Drohungen und grausamere Strafen erreichen zu können. Zudem waren die Gerichte größtenteils mit ungelehrten Schöffen besetzt, so daß in der Strafrechtspflege, vor allem aber im Strafprozeß eine vielgestaltige und damit auch unklare und unübersichtliche Praxis herrschte. Gehemmt wurde eine zielbewußte und straffe Rechtspflege auch dadurch, daß die Strafrechtsauffassung noch vorzüglich privatrechtlichen Charakter trug: Die öffentliche Gewalt schritt nur ein, wenn der Verletzte Klage erhob. Durch das in jener Epoche eindringende römische Recht bahnte sich zwar langsam ein Wandel in der Strafrechtsauffassung an, aber gerade durch dieses Begegnen alter mit für Deutschland neuen Gedanken wurde die Unsicherheit und Unklarheit in der Rechtspflege vorerst noch größer. Daß auch die damalige Zeit diesen Zustand

[2]) *Gwinner*, Der Einfluß des Standes, S. 43; *Radbruch*, Raub in der Carolina, S. 48 ff.; ders., Stand und Strafrecht, S. 25.

als sehr unbefriedigend empfand, geht aus den Klagen hervor, die das 1495 errichtete Reichskammergericht an den Reichstag richtete[3]). Auf welchem Wege man eine Reform zu erreichen suchte, sagt uns Titel 13 der Kammergerichtsordnung des Reichstages zu Augsburg 1500[4]). Nachdem man auf die unhaltbaren Zustände hingewiesen und um Bescheid gebeten hat, nach welchem Recht am Kammergericht gerichtet werden soll, fährt die Ordnung fort: „Ist beschlossen / dass dess Reichs verordnet Regiment / mit sampt dem Chammergericht / sich nach erkündigung der landt gewohnheit und gebrauch in solchem ein zimlich Reformation und Ordnung fürnemmen / machen / und allenthalben ausschreiben und verkünden sollen / darnach sich menniglich in solchen fällen hinfür mög vnd sol wissen zu halten". Das Kammergericht war mit Doktoren, die durch die italienischen Juristen ausgebildet waren, besetzt; es richtete demnach nach römisch-italienischem Recht. Die „landt gewohnheit", d. h. das deutsche Recht, und das römische Recht sollen also gemeinsam berücksichtigt werden.

Auch der Reichsabschied zu Worms 1521 verweist noch einmal darauf, daß „biss anher grosse Unordnung an den freyen Stühlen, auch an den peinlichen Gerichten geübt und gebraucht, dadurch die Unterthanen des Reichs in viel Weg beschwert und belästiget, auch etwann viel unschuldiglich gepeinigt und vom Leben zum Tod gerichtet werden"[5]). Auf dem Gebiete des Strafrechts war eine Reform auch einfacher und leichter, weil es kleiner und übersichtlicher war als das des Civilrechts. Zwar hatte man auch im Strafrecht das römische Recht, das aber als gemeines subsidiäres Recht nicht unmittelbar praktisch angewendet werden konnte[6]). Die Gesetzgebung mußte ihre Aufgabe weniger darin sehen, eine umfassende Neuregelung dieser Materie zu schaffen, als darin, aus dem bestehenden Recht feste Prinzipien und bestimmte Anhaltspunkte zu gewinnen, nach denen die Strafrechtspflege ausgeübt werden konnte[7]), „dieweil die Gebräuch der Landtschaft ungleich sind"[8]). Sollte diese so zu schaffende Reformation überhaupt einen praktischen Wert haben, so mußte sie vor allem auch den ungelehrten Schöffen verständlich sein, die ja doch nicht plötzlich aus den Gerichten entfernt werden konnten, sodaß sie schon deshalb einen allzu starken Bruch mit den bisherigen Gewohnheiten vermeiden mußte. Dann aber war es auch erforderlich, daß sie mit voller reichsgesetzlicher Autorität ausgestattet wurde, um überhaupt von den nach möglichster Selbständigkeit strebenden Reichsständen beachtet zu werden. Alle diese Reformen, die man anstrebte, fand man schon in dem

---

[3]) Vergl. über die Verhandlungen: *Güterbock:* Die Entstehungsgeschichte der Carolina.

[4]) Reichsabschiede, Cammergerichtsordnung Tit. 13, Augspurg 1500.

[5]) Reichsabschiede. Abschied des Reichstags zu Wormbs Anno 1521, § 17.

[6]) *Stobbe,* Rechtsquellen, S. 245; *Geib,* Lehrb. S. 260.

[7]) *Henke,* Handbuch S. 40.

[8]) Reichsabschiede, Abschied zu Augsburg Anno 1530, § 97 und Publicationspatent im Reichsabschied zu Regensburg 1532.

Gebiete eines kleinen deutschen Territoriums in einer für die damalige Zeit vorbildlichen Weise verwirklicht, nämlich im Gebiete des Bistums Bamberg durch die Publikation der sogen. Bambergensis im Jahre 1507. Dieses Landesgesetz nahm man dann als Beratungsgrundlage für den Entwurf eines Reichsgesetzes, das endlich auf dem Reichstag zu Regensburg im Jahre 1532 unter dem Titel „Kaiser Karls des Fünften und des heiligen Römischen Reichs peinliche Gerichtsordnung" publiziert wurde.

b) Bedeutung der salvatorischen Klausel.

Schon während der Beratungen über die PGO. machten sich partikulare Widerstände gegen sie bemerkbar. Eine Instruktion des Ulmer Gesandten auf dem Städtetag zu Eßlingen 1523 lautet[9]: „die Halsgerichtsordnung sei niemandem mehr als den Reichsstädten zum Nachtheil erdacht und zu nichts fürständiger, als alle Uebelthäter zu harzen und zu pflanzen. Und da sie den Freiheiten der Reichsstädte entgegen sei, so sei sie ihnen nicht annehmlich". Als die Widerstände immer hartnäckiger wurden, vor allem seitens der Länder sächsischen Rechtes, und das Zustandekommen des Gesetzes überhaupt gefährdet schien, nahm man in die Vorrede und in das Publicationspatent im Reichsabschied zu Regensburg die sogenannte salvatorische Klausel auf: „Doch wollen wir durch dise gnedige erinnerung Churfürsten Fürsten und Stenden, an jren alten wohlherbrachten rechtmessigen vnnd billichen gebreuchen nichts benommen haben". Die „alten wohlherbrachten rechtmessigen und billichen gebreuche" sollen also bestehen bleiben dürfen. Neue gewohnheitsrechtliche Bildungen werden demnach nicht anerkannt, wie auch ebenfalls sonstige alte Rechtssätze nicht, die ausdrücklich durch die Carolina als Mißbräuche gebrandmarkt werden, z. B. in den Artikeln 61, 100, 104, 218.

Manche Schriftsteller[10] haben sich durch die salvatorische Klausel zu der Ansicht verleiten lassen, die Carolina sei nur eine Art populären Rechtskatechismus für die ungebildeten Schöffen der niederen Gerichte gewesen, also kein allgemein verbindliches Reichsgesetz. So sagt *Geib*[11], die Carolina sei ein durch förmlichen Reichstagsbeschluß den einzelnen Ständen zur Rezeption empfohlenes Rechtsbuch. Man hätte ihr nach und nach lediglich eine wirkliche (faktische) Stellung eingeräumt, keine rechtliche. *Erhard* meint[12], daß die Carolina im Anfang so wenig berücksichtigt worden sei, sei vor allem darauf zurückzuführen, „quod eam magis indoctis, quam sibi, Doctores Juris, quorum ea aetate magna erat in iudiciis auctoritas, scriptum esse putarent, ideoque suas opiniones legi ante-

[9]) *Abegg:* Beiträge zur Geschichte der Abfassung der PGO. Archiv 1854, S. 440.

[10]) Z. B. *Roßhirt,* Geschichte und System, S. 248 und S. 256; *Bienet,* Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses, S. 150; *Geib,* Lehrb., S. 276 f.; *Erhard,* De Constitutiones Carolina usu, S. 17; *Sohm,* Deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage, S. 262; *v. Liszt,* Lehrb., S. 52.

[11]) *Geib,* a.a.O.

[12]) *Erhard,* a.a.O.

ponerent"[13]). *Sohm*[14]) bezeichnet die Carolina ebenso wie die Bambergensis einfach als Lehrbuch des italienischen Strafrechts und Strafprozesses für die ungebildeten Schöffen. Selbst noch *v. Liszt* vergleicht die Carolina mit den Rechtsspiegeln des 13. Jahrhunderts. Demgegenüber betonen andere Schriftsteller[15]) stark die Allgemeinverbindlichkeit dieses Reichsgesetzes. *Güterbock*[16]) weist richtig darauf hin, daß den Redaktoren der Carolina nichts ferner gelegen habe, „als das eben mühsam zu stande gebrachte Werk zu einer derartigen legislativen Bedeutungslosigkeit abzuschwächen". Doch die Carolina selbst bestätigt uns durch ihren klaren Wortlaut die Richtigkeit der letzteren Ansicht; denn sie sagt in der Vorrede, „daß alle vnd jede vnser vnnd des Reichs vnderthanen sich hinfürter in peinlichen sachen . . . dem gemeynen rechten, billicheyt vnd loblichen herbrachten gebreuchen gemess halten mögen". Was es aber heiße, dem Recht und der Billigkeit gemäß zu handeln, das sei hier „in eyn form zusammen gezogen, welchs Kaiser Karl also inn druck zubringen verschafft habe". Das Publicationspatent im Reichsabschied zu Regensburg 1532 sagt eindeutig, „alle vnd jeder vnser vnd dess Heyligen Reichs Vnderthanen mögen sich hinfürter in peinlichen sachen jetzt angezeigter Ordnung gemess verhalten".

Mit diesen Worten wird ganz deutlich jedem — auch dem gelehrten Richter — die Befolgung der Carolina eingeschärft. Auch schon die Bambergensis[17]) war verbindliches Gesetz, wenn auch das Problem der Gesetzeskraft hier weniger Bedeutung hatte, weil sie eben nur in einem sehr beschränkten Territorium Geltung hatte. So verfolgte sie in erster Linie den Zweck, die ungelehrten Richter zu belehren und zu unterweisen[18]). Z. B. die Artikel 2, 26 und 123 der Bambergensis sprechen diese Absicht klar aus: „wie wir derselben leut vnbegreifflichkeit zu hilff komen"[19]). Noch das Wormser Projekt[20]) der Carolina von 1521 lehnt sich in Artikel 107 und in der Vorrede an die Bambergensis an, indem beide Stellen zum Ausdruck bringen, daß grundsätzlich die Halsgerichte mit ungelehrten Personen besetzt seien. Aber schon in dem Projekt von 1529 sagt der Artikel 107 einschränkend, daß die peinlichen Gerichte an vielen Orten mit rechtsunkundigen Richtern besetzt seien, und die Vorrede dieses Projektes redet nur von „manchenn ortten". Der Artikel 107 der Projekte ist in der endgültigen Fassung gestrichen. Die Vorrede der Carolina erwähnt zwar auch die ungelehrten Richter, bedient sich aber der bedingten Fassung „die meynsten peinlich gericht" und „die peinlichen gericht an manchen

[13]) Ebenso *Biener*, a.a.O.
[14]) *Sohm*, a.a.O.
[15]) z. B. *Wächter*, Gem. Recht, S. 19 ff.; *Güterbock*, Entstehungsgeschichte, S. 177 ff.; *Köstlin*, Geschichte, S. 205 f.; *Eberhard Schmidt*, Die Carolina, S. 9.
[16]) *Güterbock*, a.a.O., S. 194.
[17]) Anderer Meinung *Kantorowicz*, Goblers Carolinencommentar, S. 51.
[18]) *Güterbock*, Entstehungsgeschichte, S. 254.
[19]) Artikel 2 Bamb. zit. nach Kohler-Scheel.
[20]) *Zoepfl*, Die Peinliche Gerichtsordnung.

orten", fügt aber dann sofort den Satz an, der die Allgemeinverbindlichkeit für alle und gleiche Gesetzeskraft gegenüber allen ausspricht, wie wir oben gesehen haben. Gewiß gab es auch sehr beklagenswerte Mißbräuche der Schöffen; aber das Hauptargument für eine Reformation war weniger die Ungelehrtheit der Richter als die Unsicherheit des Rechts und der Mangel eines gemeinsamen Anhaltspunktes[21]). Auch andere Aussprüche beweisen die unbedingte Gesetzeskraft der Carolina, z. B. wird durch Artikel 1 „alle oberkayt, so peinlich gericht haben, hiemit ernstlich gewarnt", daß jedermann „billich derhalb vermöge dieser vnser ordnung gestrafft" wird.

Wenn wir der Bedeutung der salvatorischen Klausel näherkommen wollen, so müssen wir sie unter einem anderen Gesichtspunkt betrachten, und zwar unter dem des Verhältnisses von Reichsgewalt zu Landeshoheit. Durch die Klausel sollte die Geltung des Reichsgesetzes nicht herabgemindert, sondern es sollte nur seine Stellung zu den geltenden Landesgesetzen und -Gewohnheiten geregelt werden. Eine grundsätzliche staatsrechtliche Regelung des Verhältnisses von Reichs- und Landesgesetzen gab es nicht, so daß die ihre Selbständigkeit möglichst wahrenden Fürsten in jedem konkreten Einzelfall besondere Richtlinien beim Reichstag durchzubringen versuchten. Zwar wollte man im Zuge der damals betriebenen allgemeinen Reichsreform die Carolina zu einem absolut geltenden Gesetz machen, was daraus hervorgeht, daß man in den Projekten von 1521 und 1529 in keiner Weise des Verhältnisses der Reichsgesetzgebung zu den verschiedenen Territorialrechten gedachte[22]). Aber die Stände, besonders der sächsische Kurfürst, wollten bestimmte Eigentümlichkeiten ihrer Landesrechte erhalten wissen. So sagt *Güterbock*[23]) mit Recht, daß die Protestation „weniger den Charakter eines eigentlichen Protestes an sich trage als den einer durch die Umstände gebotenen Reservation". Rein rechtlich erreichte man also das Gegenteil von dem Zustand, den man ursprünglich herbeizuführen beabsichtigte: Die Carolina galt neben dem althergebrachten Landesrecht nur subsidiär, außer in einigen absolut geltenden Artikeln (61, 100, 104, 135, 137, 140, 150, 204, 205, 217, 218). In der weiteren historischen Entwicklung ist die Bedeutung der salvatorischen Klausel weniger belangvoll geworden, als man bei ihrem Zustandekommen hätte erwarten können. Wir werden noch sehen, inwieweit man trotzdem der Carolina die einem Reichsgesetz gebührende Achtung entgegenbrachte. Denn wenn die salvatorische Klausel auch gefehlt hätte, so würde man darum der Carolina vielleicht nicht mehr Beachtung geschenkt haben, weil man eben damals überhaupt eine andere Auffassung von der Geltung eines Gesetzes hatte, als unsere Vorstellung vom Gesetz, die erst durch die Doktrin des absoluten Staates begründet worden ist. Heute gilt ein Gesetz mit unzweifelhafter und unbedingter Autorität. Damals aber war man der

[21]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 19 ff.
[22]) *Güterbock,* Entstehungsgeschichte, S. 178.
[23]) Ebenda, S. 186.

Anschauung, daß ein Gesetz nur eine juristische Ansicht über die jeweilige Materie darstelle, die zwar mit einiger Verbindlichkeit ausgestattet sei, neben der aber auch andere Meinungen von juristischen Autoritäten und andere Rechtsquellen zu berücksichtigen seien. Je höher der Gesetzgeber steht, desto größer ist die Autorität auch des von ihm erlassenen Gesetzes. Nur nach dieser, der damaligen Zeit gemäßen Anschauung war die Carolina ein vollgültiges Gesetz, nicht aber nach unserer modernen Auffassung[24]).

c) Die Carolina und das jus divinum.

Mit dieser Umschreibung ist der Gesetzesbegriff noch keineswegs erschöpft. Er wird uns erst verständlicher auf dem Hintergrund des jus divinum. Denn wie in allen Zeiten, so hatten auch damals Gesetze nur dann einen Sinn und konnten sich nur dann durchsetzen, wenn sich in ihnen die allgemeinen geistigen und weltanschaulichen Zeitströmungen widerspiegelten. Auch die erste Zeit nach der Reformation war immer noch stark durchdrungen von mittelalterlichen Ideen; die „theokratisch transpersonalistische Staatsauffassung"[25]) war noch lebendig. Im Strafrecht zeigt sich die mittelalterliche Auffassung deutlich bei dem zentralen Problem des Strafrechts überhaupt, bei der Frage, was überhaupt Verbrechen und Strafe sind. Das Verbrechen ist nicht nur Auflehnung gegen die menschliche Ordnung, sondern auch — und das vor allem — Sünde, d. h. ein Verstoß gegen die göttliche Ordnung[26]). Wer aus eigenem Willen gegen die Ordnung verstößt, bewirkt von selbst, daß gegen seinen Willen eine entsprechende Gegenwirkung stattfindet. Erst „durch die Strafe wird das gerechte Gleichgewicht wiederhergestellt"[27]). Dem Verbrechen als „Auflehnung gegen die von Gott gestiftete Ordnung auf Erden" folgt die Bestrafung als „Abbild der himmlischen Gerechtigkeit im Diesseits"[28]). So führt *Gobler*[29]) als ersten seiner drei Strafzwecke an: „dass es Gottes Gericht also ist über die laster und übelthäter / seine gerechtigkeyt zuerhalten / da er spricht: Ich bin Gott, der da heymsücht die missthat der Väter in den Kindern / in das dritt und vierdt geschlecht". Also nicht weil ein Tatbestand erfüllt ist, wird bestraft, sondern weil Gott beleidigt worden ist. Die Tatbestandsmäßigkeit der Delikte trat in den Hintergrund. Oberstes Prinzip im Strafrecht, das in der Literatur immer wieder zum Ausdruck gelangte, war: „Ne maleficia maneant impunita"[30]).

---

[24]) So auch *Kantorowicz,* Goblers Karolinencommentar, S. 51. *Kohler,* Über die Anwendung der Carolina, Strafrechtsarchiv Bd. 58, S. 302.

[25]) *Schaffstein,* Beiträge zur Strafrechtsentwicklung, S. 16.

[26]) *Kohler,* Das Strafrechtsprinzip des Thomas von Aquin, S. 345.

[27]) *Kohler,* a.a.O.

[28]) *Schaffstein,* a.a.O., S. 16.

[29]) Rechtenspiegel unter „Von Straff der laster vnnd Ubelthat". Vgl. auch Vorrede zu *Rauchdorn's* Practica.

[30]) *Rauchdorn,* a.a.O.

Gobler[31]) sagt an anderer Stelle: „Vnnd ob wol Gott selbs ein Recher ist des bösen / so hat er doch vnd gebraucht den Magistrat und Oberkeyt auch darzu / als ein Mittel und Werckzeug / durch welche er offtmals die straffe will Exequiert und vollenzogen haben". Gottes Willen war für die Menschen in der Bibel geoffenbart, deren Forderungen durchzusetzen die vornehmste Aufgabe der Obrigkeit als Gottes Werkzeug war, sodaß auch die Bibel, insbesondere das Gesetz Mosis, als positives Gesetz galt[32]).

Das in der Bibel geoffenbarte jus divinum galt als Wertmesser für alle Ordnungen, die von Menschen gesetzt wurden. Unter diesem Gesichtspunkt müssen wir den für damals gültigen Gesetzesbegriff betrachten. Wenn in der Bibel das ursprüngliche göttliche Recht niedergelegt ist, so wäre an sich eine menschliche Gesetzgebung überhaupt überflüssig. Da sich aber bei der Auslegung der Bibel mancherlei Schwierigkeiten ergeben, sind doch Gesetze mitunter erforderlich, die dieses an sich *vor* aller Gesetzgebung feststehende Recht klarstellen und die die Möglichkeit bieten, dieses praktisch durchzusetzen. Jedes positive Gesetz hatte also nur rein deklaratorische Bedeutung. Es wurde als richtig empfunden, wenn es mit den Grundprinzipien des göttlichen Rechts übereinstimmte. War das nicht der Fall, so war es falsch und wurde von der Praxis unbeachtet gelassen. War ein Strafgesetz unvollständig, so änderte das nichts daran, daß auf jedes Verbrechen nach göttlichem Recht die Strafe zu folgen hatte, nach dem oben erwähnten Prinzip „ne maleficia maneant impunita"[33]).

Daraus ergab sich auch eine ganz andere Stellung des Richters innerhalb der Rechtspflege, als es heute möglich ist. Das Recht schöpfte der Richter aus dem Rechtsbewußtsein der Urteiler. „Die oberste Autorität war somit das eigene Rechtsbewußtsein der Urteilfinder"[34]). Dieses ursprünglich der germanischen Anschauung entsprechende Rechtsbewußtsein war im Verlaufe des Mittelalters weitgehend religiös christlich bestimmt und orientiert worden. Auch jetzt noch dienten die Gesetzbücher nur als „Richtlinien". Der Wert eines Gesetzes wurde nach *dem* Grad bemessen, in dem es am besten und reinsten dieses allgemeine Rechtsbewußtsein zum Ausdruck brachte. In der Vorrede zur Auflage von 1598 des „Straffbuches" von *Abraham Saur* wird gesagt, daß der Verfasser Statuten und Ordnungen vieler Lande und Städte zusammengetragen und nebeneinander gesetzt hätte. „Auch kan man", so fährt der Herausgeber fort, „ferner leichtlich hierauss mercken / welcher Potentat, Herr oder Commun, in fundation jhrer Ordnung / der beste / vnnd amm nechsten zum Zweck der Gerechtigkeit geschossen und getroffen habe". Auch die Carolina kennt den Begriff der Gerechtigkeit, z. B. in Artikel 104: „auss lieb der gerechtigkeyt vnd umb gemeynes nutz willen". Aber es fehlt in ihr ein direkter Hinweis auf die göttlichen Rechte. Und dennoch kann man nicht an diesem jus

[31]) Rechtenspiegel unter „Von peinlichen und Malefitzsachen".
[32]) *Schaffstein,* Allgem. Lehren, S. 23; *v. Hippel,* Deutsches Strafrecht, S. 232.
[33]) *Dahm,* Strafrecht Italiens, S. 54; *Boldt,* J. S. F. von Böhmer, S. 65.
[34]) *Schultze,* Zwickauer Stadtrechtsreformation, Anm. S. 89.

divinum vorbeigehen, wenn man der Stellung der Carolina in der Rechtsordnung jener Zeit gerecht werden will.

d) Stellung der Carolina innerhalb des römischen Rechts.

Außer den schon angeführten Momenten kommt noch ein drittes Moment hinzu, das den Bereich einer absoluten Geltung der Carolina stark einschränkte: und zwar die Anerkennung des römischen Rechts als gemeinen kaiserlichen Rechts. Die mittelalterlichen Kaiser betrachteten die römischen Kaiser als ihre Vorfahren und die von diesen erlassenen Gesetze als unmittelbar geltendes Recht. So nennt Kaiser Maximilian in der Satzung gegen die Gotteslästerer den Kaiser Justinian „unsern Vorfahr am Reich"[35]).

Das römische Recht hatte den Vorzug, daß es als geschriebenes kaiserliches Recht auf kaiserlicher Autorität beruhte und somit einheitlich im ganzen Reich Gültigkeit beanspruchen konnte[36]). Zwar hatte man nicht das reine römische Recht rezipiert, das corpus iuris Justinians, wohl aber das gemeine italienische Recht[37]), das gewissermaßen die Summe der wissenschaftlichen Bearbeitung des römischen, kanonischen und lombardischen Rechts war. Die grundlegenden Rechtsbücher sind die Kommentare des Baldus und Bartolus. Diese „Kaiserliche Rechte", „geschriebene Kaiserliche Rechte", oder auch „gemeine beschriebene Kaiserliche Rechte" stellte man dem päpstlichen oder kanonischen Recht gegenüber, das erst später unter dem Ausdruck gemeines Recht mitbegriffen wurde[38]).

Das Rangverhältnis des gemeinen Rechts zu dem Recht der einzelnen Völker und Territorien ist unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, daß die Satzung des höheren Gesetzgebers der des niedrigeren vorgehe. Das Gesetz Gottes ist das höchste und hat somit einen Vorrang vor allem irdischen Recht[39]). Für das italienische Statutarrecht hat *Dahn* z. B. nachgewiesen, daß dieses in der Praxis dem gemeinen Recht beim Zusammentreffen vorgehe[40]). Manchmal schließen die Statutarrechte die Anwendung des gemeinen Rechts sogar ausdrücklich aus. Im allgemeinen aber gilt im Statutarrecht das gemeine Recht als subsidiäres Recht. Der Begriff des ge-

---

[35]) Reichsabschiede, Abschied zu Worms 1495, Satzung über die Gotteslästerer.

[36]) *Stintzing,* Geschichte der Rechtswissenschaft, 1. Abt. S. 7.

[37]) *Sohm,* Deutsche Rechtsentwicklung, S. 258; *Schröder,* Lehrb. der Rechtsgeschichte, S. 970; *Biener,* Über die hist. Methode, Criminalrechtsarchiv Bd. 10, S. 610 ff.

[38]) *Hälschner,* Geschichte des Brand.-Preuß. Strafrechts, S. 91, Anm. 15; *Wächter,* Gemeines Recht, S. 28; anders: *Gerstäcker,* Darf dem positiven Criminalrecht ein philosophischer Teil zu Grunde gelegt werden? Criminalrechtsarchiv Bd. 7, S. 366 ff.

[39]) *Dahm,* Strafrecht Italiens, S. 49.

[40]) *Dahm,* a.a.O., S. 81.

meinen Rechts ist niemals genau umgrenzt worden; daher ist die Zugehörigkeit der deutschen Reichsgesetze verschieden beurteilt worden[41]).

Ihr Sprachgebrauch war schwankend; jedoch wurde in ihnen ausdrücklich vermerkt, daß sie von Kaiser *und* Reich ausgegangen waren. Man stellte sie also nicht unbedingt auf eine Stufe mit den kaiserlichen Rechten. So sagt auch die Carolina im Titel: „Kayser Karls des fünfften, vnnd des heyligen Römischen Reichs peinlich gerichts ordnung".

Die Frage nach dem Rangverhältnis der Carolina zum geltenden italienisch-römischen Recht würde schon eine falsche Problemstellung bedeuten. Denn die Carolina will — wie wir schon gesehen haben — ja nur das im ganzen Reich einheitlich geltende Recht möglichst klarstellen, und das einheitlich geltende Recht war das gemeine Recht. Die Stellung zum Partikularrecht wurde eindeutig durch die salvatorische Klausel umrissen. Das Problem könnte vielleicht besser lauten: Inwieweit sieht sich die Carolina überhaupt noch als ein außerhalb des römischen Rechts stehendes selbständiges Reichsgesetz an? Schon die mater Carolinae, die Bambergensis, war weitgehend von den Werken der italienischen Juristen beeinflußt[42]). Ihnen entnahm *Schwarzenberg* das umfangreichste und wichtigste Material für sein Gesetzeswerk. Und doch konnte sich die Bambergensis eine „verhältnismäßige Freiheit und Selbständigkeit" gegenüber dem gemeinen Recht erlauben, weil sie eben nur eine Territorialgesetzgebung war[43]). Von wissenschaftlichen Streitfragen konnte sie sich viel eher durch positive Anordnung fernhalten.

Dagegen mußte sich die Carolina als Reichsgesetz eindeutiger auf den Boden des als gemeines Recht allgemein anerkannten römisch-italienischen Rechts stellen, um von dieser festen Grundlage aus ihrem Zwecke eher gerecht werden zu können. In den Artikeln 142 und 143 der Bambergensis z. B. werden feste Strafen gesetzt, während die Carolina bei den entsprechenden Artikeln 117 und 118 auf das kaiserliche Recht verweist. Man hatte dabei nicht die Absicht, von der Regelung der Bambergensis abzugehen, sondern man wollte nur eine Ergänzung im Sinne des jeweiligen Standes der gemeinrechtlichen Wissenschaft ermöglichen[44]). In Art. 145 der Bambergensis war beim Ehebruch die Strafe des römischen Rechts nicht ganz genau angegeben: Denn im gemeinen Recht war für die Ehebrecherin vor ihrer Verstoßung in ein Kloster noch körperliche Züchtigung vorgeschrieben[45]). Außerdem war die damalige Wissenschaft sich über die Strafe des Ehebruchs nicht ganz einig. Auch hier nun verordnet die Carolina im Gegensatz zur Bambergensis keine festen Strafen, sondern verweist wieder auf die kaiserlichen Rechte. Im Art. 146 folgte die Bambergensis dem römischen Recht, das im Gegensatz zum deutschen Recht nur die

[41]) *Stintzing,* a.a.O., S. 7.
[42]) *Brunnenmeister,* Quellen der Bambergensis, S. 290.
[43]) *Güterbock,* Entstehungsgeschichte, S. 256.
[44]) *Brunnenmeister,* Quellen der Bambergensis, S. 268.
[45]) a.a.O., S. 164, Anm. 1.

Strafe des stuprum bei der Doppelehe eines verheirateten Mannes festsetzte. Das deutsche Recht verordnete hier wie beim Ehebruch des Mannes mit einer verheirateten Frau das Schwert. Hier nun geht die Carolina einmal von der gemeinrechtlichen Ansicht ab. Sie ist sich dieser Abweichung vom gemeinen Recht wohl bewußt und bemerkt ausdrücklich: „Wiewol die Keyserlichen recht, auff solch übelthat keyn straff am leben setzen, So wollen wir doch . . ., daß die nit weniger dann die ehebrüchigen peinlich gestrafft werden sollen". Als Begründung für ihr Abweichen gibt sie an, daß die Doppelehe ein schwereres Verbrechen als der Ehebruch sei. Aber die Regelung der Carolina ist doch weniger selbständig, als es den Anschein hat. Denn es gab auch bei den italienischen Juristen eine Richtung, die mit Berufung auf das kanonische Recht die Strafe des Ehebruchs auch bei der Doppelehe verhängt wissen wollte[46]).

Diese wenigen Beispiele zeigen uns schon hinreichend, wie eng sich die Carolina an das römische Recht anzuschließen bemüht, und wie zaghaft sie nur mit ausdrücklicher Begründung von der im gemeinen Recht herrschenden Ansicht abgeht. Allenthalben verweist sie auf die kaiserlichen Rechte. Ganz allgemein regelt sie das Verhältnis zum römischen Recht in den zwei ersten Artikeln ihres strafrechtlichen Teils, in den Artikeln 104 und 105. So kommt die Bindung vor allem darin zum Ausdruck, daß sie dort grundsätzlich keine Todesstrafe zuläßt, wo auch das römische Recht diese nicht verordnet. In Art. 105 wird ganz allgemein die subsidiäre Geltung des römischen Rechts ausgesprochen.

Aber noch ein anderer Umstand trug mit dazu bei, daß die Carolina, wie *Nagler*[47]) sich ausdrückt, „gewissermaßen in die Pandekten hineingestellt wurde", nämlich die Vorschrift des Ratsuchens bei den „nechsten hohen schulen, Stetten, Communen oder andern rechtuerstendigen"[48]). Die Bambergensis und die ihr folgende Brandenburgensis hatten bestimmt, daß „unsere Hofräthe" um Rat ersucht werden sollten. „Wo sie das not bedüngt, sollen dann die Räte bei anderen Rechtsgelehrten und Verständigen ihrer Ratschläge halben Rats gebrauchen". Da aber im Reich eine einheitliche Regierung fehlte, die sich hätte einschalten können, mußte der direkte Weg des Art. 219 gewählt werden[49]). Auf dem Wege der Aktenversendung und des Ratsuchens gewann die romanisierende Praxis immer stärkeren Einfluß auf die Ausübung der Strafrechtspflege und die Interpretation der Carolina. Denn während die ungelehrten Schöffen noch mehr in den überkommenen Gewohnheiten standen, waren die gelehrten Richter an den Universitäten durch italienische Rechtslehrer geschult worden. Gerade das häufige Verweisen auf den Rat der Rechtsverständigen trug dazu bei, die Carolina in dauerndem lebendigen Kontakt mit der wissenschaftlichen Entwicklung zu halten. Nur dank ihrer Anpassungsfähigkeit an

---

[46]) Vergl. dazu *Brunnenmeister,* Quellen der Bambergensis, S. 164 ff.
[47]) *Nagler,* Die Strafe, S. 237.
[48]) CCC Art. 219.
[49]) Vergl. *Stölzel,* Gelehrtes Richtertum, S. 208—210.

den jeweiligen Stand der gemeinrechtlichen Strafrechtswissenschaft konnte sie sich bis in die neueste Zeit hinein erhalten.

Sie ist ängstlich bemüht, sich nicht irgendwie zu binden oder festzulegen; bei der Teilnahme[50]) z. B. sagt sie „hilff, beistandt oder förderung, wie das alles namen hat." Sie ist gewissermaßen nur der feste Kern, um den sich das gemeine Strafrecht herumgruppiert. Sie steht im römischen Recht, und eine Frage nach der Stellung der Carolina zum römischen Recht wäre unrichtig. Daher können wir auch *Güterbock* nicht folgen, wenn er die Carolina „gleich der Bibelübersetzung Luthers ein Erzeugnis ebenso des nationaldeutschen Geistes wie der Reformation" nennt.

§ 2.

Einfluß der Carolina auf Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung.

a) Das Verhältnis der Wissenschaft zur Carolina.

Wir erkannten mannigfaltige Verstrebungen und Verbindungen zwischen der Carolina und der übrigen Rechtsordnung. Es erhebt sich nun die Frage, inwieweit die zeitgenössische Strafrechtsliteratur ihr noch Selbständigkeit, vor allem gegenüber dem gemeinen Recht, zuerkannte, welchen Platz sie ihr in der wissenschaftlichen Bearbeitung des Strafrechts einräumte. Zwei Auffassungen stehen sich in der neueren Literatur hier gegenüber: die ältere Meinung[51]) von ihnen ist, daß das Ansehen der Carolina im 16. Jahrhundert sehr niedrig gewesen sei, weil sich die Rechtsgelehrten wenig oder garnicht um sie gekümmert hätten. Erst durch die lateinischen Übersetzungen des Gobler und Remus hätte sie einige Bedeutung erlangt. Eine Art von Wissenschaft, so sagt, *Roßhirt*, sei erst nötig gewesen, um ihr überhaupt eine, wenn auch nur fragmentarische und subsidiäre, Bedeutung zu geben. Demgegenüber betont die andere Auffassung[52]), daß sie sehr wohl Beachtung gefunden habe, wenn auch nur, um mit ihr die aus den übrigen Quellen gewonnenen Resultate zu bekräftigen. Sie sei stets formell als das „jus commune novissimum" erschienen, selbst wenn die Autoren sie nicht ausdrücklich erwähnt hätten. Es habe ihr weniger, sagt *Wächter*, an Anerkennung gefehlt, als an wahrer Erkennung, Ergründung und Auffassung in ihrem Geiste.

Daß die Carolina erst auf dem Umwege über die lateinischen Übersetzungen des Gobler und Remus Eingang in die wissenschaftliche Literatur gefunden hätte, ist schon deshalb unrichtig, wie *Wächter*[53]) ausführt, weil

[50]) Art. 177.

[51]) *Malblanc*, Geschichte der PGO., S. 216; *Tittmann*, Geschichte der Strafgesetze, S. 283; *v. Droste*, Einleitung in das gemeine Deutsche Criminalrecht, S. 40; *Roßhirt*, Geschichte und System I. Teil, S. 242.

[52]) *Wächter*, Gemeines Recht, S. 70; *Köstlin*, Geschichte, S. 216; *Wächter*, Über die deutsche criminal. Literatur des 16. Jahrh., Criminalrechtsarch. 1838, S. 115.

[53]) *Wächter*, Gemeines Recht, S. 73.

die Übersetzung Goblers wenig beachtet worden ist, sie auch nur eine Auflage erlebt hat, und die des Remus erst am Ende des 16. Jahrhunderts erschienen ist, zu einer Zeit also, in der die Carolina längst anerkannt war. Schon kurz nach 1536 beruft sich ein Konsilium der Tübinger Fakultät[54]) auf die Carolina: „Idque in ordinatione criminalium causarum Sacri Romani Imperii declaratur". In der Fichard'schen Consiliensammlung[55]) beruft sich ein consilium schon 1540 auf die Artikel 104 und 177 der Carolina. Also als die Goblersche Übersetzung 1543 erschien, war die Carolina schon bekannt und auch angewandt. Es folgt nun eine ganze Reihe von Werken, die die Carolina mehr oder minder als Grundlage des gemeinen Strafrechts behandeln: Perneders Halsgerichtsordnung[56]) 1544, Goblers Rechtenspiegel und gerichtlicher Prozeß von 1550, Practica und Prozeß von Rauchdorn von 1564, Practica und Prozeß von Dorneck von 1576 und das „konfuse"[57]) „Straffbuch" Abrahams Sawrs von 1577. Da die Rechtswissenschaft jener Zeit sich in der Hauptsache dem Privatrecht zuwandte und das Strafrecht als eine Art Anhang betrachtete, stehen diese deutsch geschriebenen Werke auch auf einer entsprechenden Stufe der Unbeholfenheit und Unselbständigkeit. Höher stehen schon die lateinisch geschriebenen Werke jener Epoche[58]): die Constitutiones Carolinae des Vigel von 1603, Gilhausens „arbor judiciaria criminalis" von 1606 und Harpprechts tractatus criminalis von 1603 und die Quaestiones von Peter Heigius von 1601.

Nach dieser kurzen Übersicht über die Werke, in die die Carolina Eingang gefunden hat, mögen einige Beispiele erläutern, in welcher Art und Weise und in welchem Maße man der Carolina Selbständigkeit und Autorität zuerkannte. Gobler spricht im Rechtenspiegel[59]) von der Publikation der Carolina und fährt dann fort: „Wern wol gut / dass derselben allenthalben gemess / vnd nit zuwider / in Malefitz sachen gehandelt / die Vnschuldigen darüber nit beschwert / vnd die schuldigen gesichert und befreiet würden." Hier also wird der Carolina das höchste Lob gezollt. In der Auflage von 1592 der Perneder'schen Halsgerichtsordnung[60]) wird gesagt, „diss hat auch bewegt den . . . . Kayser Carl den fünfften . . . . daß jhr Majestät ein eygentliche Satzung und Ordnung / der gantzen Christenheit zu guten / liess aus allen Rechten zusammenziehen / wie solches auff den Reichstägen zu Augspurg und Regenspurg anno 30 und 32 offentlich publiziert worden". Hier wird ganz klar gesagt, daß die

---

54) *Seeger,* Die strafrechtlichen consilia Tubingensia, S. 33.

55) Consiliorum Joannis Fichardi Tomus Alter, S. 196.

56) Vergl. *Wächter,* Gemeines Recht, S. 77 ff.; *Abegg:* Bemerkungen über den strafrechtlichen Teil von Justinus Goblers Rechtenspiegel und gerichtlicher Prozeß. A. d. Cr. 1835, S. 5 ff.; *Roßhirt,* Geschichte und System, S. 251; *Wächter,* Über die deutsche kriminal. Literatur, S. 115 ff.; *Köstlin,* Geschichte, S. 216 ff.

57) *Wächter,* Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht, S. 131.

58) Vergl. *Wächter,* Gemeines Recht, S. 86; *Köstlin,* Geschichte, S. 219 f.

59) *Gobler,* Rechtenspiegel, Das Acht Theyl, Von Peinlichen und Malefitz sachen.

60) *Perneder,* Halsgerichtsordnung, Vorrede.

Carolina nur eine Zusammenstellung der gesunden Grundsätze der ganzen geltenden Rechtsordnung sei: Diese Auffassung finden wir allenthalben in der Literatur vertreten. So sagt *Gobler*[61]: „Weil die selb Keyserlich Peinliche Gerichtsordnung auss den beschriben Rechten gezogen / vnd der billigkeyt nachweisslich vnd nutzlich gestelt ist, so wirt sich deren eine jede fromme Oberkeyt . . . . in fürfallenden Peinlichen sachen für sich selbst wol wissen zugebrauchen und zu halten". Charakteristisch ist ein Ausspruch in einem consilium von 1565[62]: „Vnnd achten wir dissmal onnötig seyn / allhie die Keyserlichen Recht vnd der Rechtsgelehrten Zeugnussen nach der lenge anzuziehen / sondern wöllen blösslich die Constitution Keyser Carls des Fünfften / hochlöblicher gedächtnuss / peinlicher Halsgerichtsordnung (welche dann auss solchen Keyserlichen Rechten vnd den Rechtsgelehrten gezogen) allhie erzehlen".

In den Ausdrücken wie „erklären", „beistimmen" kommt die deklaratorische Bedeutung des Gesetzes zum Ausdruck. So sagt ein consilium von 1564[63]: „Mit welchen Keyserlichen Rechten auch Keyser Karls des 5. Peinliche Halsgerichtsordnung in dem 180. Articul zustimpt". *Gilhausen*[64] z. B. gebraucht die Wendung: „Quam rationem etiam approbat Carol. quint. in const. crim. art. 1, 2 etc". *Dorneck*[65] sagt bei der Gotteslästerung: „vnd wie ferner in der Heylichen Römischen Reichs Halsgerichtsordnung erkläret/cap. 106". Mit dieser Anderswertigkeit des damaligen Gesetzesbegriffes können wir uns auch erklären, weshalb scheinbar wahllos und verständnislos Zitat neben Zitat gesetzt wird[66]. In den meisten Fällen erfolgt keine Wertung der einzelnen Quellen; *Peter Heigius* z. B. erwähnt in den 17 Quaestionen, die sich mit Strafrecht befassen, die Carolina sehr oft, ohne selbst Stellung zu ihr zu nehmen.

Daß sich aber allmählich trotzdem die Carolina immer mehr zur maßgeblichen Rechtsquelle entwickelte, sehen wir aus der Vorrede zur Auflage von 1592 der Pernederschen Halsgerichtsordnung, wo der Herausgeber sagt, der Verfasser hätte „gleichsam eine Auslegung gemacht vber die wolermeldte dess heiligen Römischen Reichs Carolinische peynliche Halsgerichtsordnung (nach welcher man im *gantzen* Reich pflegt zu dezidieren) wie klärlich zusehen (das fast an allen Orten dieselb vnd inn allen Fällen angezogen / vnd wie die ermeldte Constitution inn den geschriebenen Rechten gegründet / vnd mit denselben vberein stimbt / angezeigt wird / darauf ein jeglicher Obrigkeit oder Richter ungezweyffelten Verstand fassen kann / wessen er sich in allerley Fällen zu verhalten".

Harpprecht zeigt uns schon, wie die Ideen der Reformation allmählich Einfluß auf die Interpretation der Carolina gewinnen. Im Gegensatz zur

---

[61]) *Gobler,* Rechtenspiegel, Das Acht Theyl.
[62]) *Fichard,* S. 213; ebenso Vorrede zu Rauchdorns Practica und Prozes.
[63]) *Fichard,* S. 208.
[64]) Arbor Judiciaria Criminalia Cap. I, Nr. 10.
[65]) *Dorneck,* Practica und Prozeß, S. 31.
[66]) *Kantorowicz,* Goblers Karolinencommentar, S. 51.

Carolina stellt er bei der Notwehr (Art. 140 ff.) fest[67]), daß „nobiles aeque, ac caeteros inferiores conditionis viros, fugae astrictos esse". Man solle auch nicht der Carolina den Vorwurf der „impietas" machen. „Nam nec ipse Imperator Carolus eo in loco moderamen pietatis excludit, ut vel ipsa ab eo proposita distinctio arguit". Denn man muß ja nun auch zugeben, daß das Ehrgefühl bei den verschiedenen Ständen verschieden entwickelt ist. An anderer Stelle[68]) spricht *Harpprecht* noch im Jahre 1603 von der „nova Caroli Quinti constitutio".

Im 16. Jahrhundert begann das Strafrecht allmählich eine selbständige Disziplin zu werden. So wurden in Tübingen und Jena besondere Professuren für Lehn- und Criminalrecht errichtet. 1618 gab *Petrus Theodoricus* ein collegium criminale, ein strafrechtliches Kollegheft, heraus[69]). In der Hauptsache allerdings wurde römisches Recht gelehrt. Auf die Carolina ging man nur kurz und unvollständig ein[70]). Kurz nach 1563 hat ein Professor aus dem Wittenberger Humanistenkreise, *Joachim von Beust,* eine kurze und praktische Anweisung zum Studium der Rechte gegeben[71]). Außer dem Studium einiger italienischer Juristen empfiehlt er auch „des Röm: Reichs Peinliche Halssgerichts Ordnung".

Zusammenfassend können wir feststellen, daß die Carolina zwar zunächst nur bescheiden und in ihrem Zweck oft mißverstanden in der Literatur auftrat, daß es ihr aber dennoch zum Ruhme gereicht, sich trotz der ihr ungünstigen Anschauung über die Bedeutung und den Wert der einzelnen Rechtsquellen doch noch eine starke und einflußreiche Stellung erobert zu haben.

b) Die Anerkennung der Carolina als eines verbindlichen Reichsgesetzes durch die Partikulargesetzgebung.

Kraft der salvatorischen Klausel konnten — wie wir oben gesehen haben — die alten wohlhergebrachten, rechtmäßigen und billigen Gebräuche auch weiterhin gelten. Es lag an den einzelnen Fürsten und Reichsständen, wie sie das Verhältnis des bestehenden Partikularrechts zur Carolina regeln wollten. Trafen sie keine Regelung, so galt die Carolina ohne weiteres in ihrem Gebiet wie jedes andere verbindliche Reichsgesetz[72]). Zwar sagt ein consilium der Tübinger Fakultät[73]) im Jahre 1566, daß die Carolina nur in den Territorien gelte, in denen sie ausdrücklich rezipiert sei. Aus dem Zusammenhang, in dem dieser Satz steht, ergibt sich freilich, daß er nur aufgestellt ist, um eine harte gesetzliche Strafe zu vermeiden.

---

[67]) Tractatus Criminalis, S. 407.
[68]) *Harpprecht,* a.a.O., S. 381.
[69]) *Röhrig,* Sächsisch-thüringisches Strafrecht, S. 8.
[70]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 97.
[71]) Ratschläge für das Studium der Rechte.
[72]) *Köstlin,* Geschichte, S. 206.
[73]) *Seeger,* Die strafrechtlichen consilia Tubingensia, S. 38.

Wir werden nun im folgenden untersuchen, wie die Fürsten und Städte das Problem des Verhältnisses von überkommenem Landesrecht zur Carolina gelöst haben, um dann zu sehen, wie die Carolina auf die Praxis der Territorien einwirkte, in denen gar keine ausdrückliche Regelung erfolgte.

aa) Gesetze ohne Rücksicht auf die Carolina.

Allerdings erfolgte auch weiterhin in einigen Gegenden die Publikation von Gesetzen ganz ohne Rücksicht auf die Carolina, z. B. die des Rechtsbuches von Rottweil vom Jahre 1546, die der Reformation von Worms 1542 und die der Statuten von Frankenhausen von 1558[74]). Ferner ist ein Einfluß der Carolina nicht nachweisbar in der Landgerichtsordnung für Österreich unter der Ens von 1540[75]) und ein nur sehr geringer Einfluß in der Landgerichtsordnung für das Erzherzogtum Österreich ob der Ens von 1559[76]). Auch kam es vor, daß man ganz bewußt von der Carolina wieder abwich; so beschloß der Rat z. B. schon 1549 in Koblenz, in Bezug auf peinliche Klagen, Verhandlungen und Urpheden die Carolina nicht zu beachten, sondern den alten Brauch beizubehalten[77]).

bb) Einfache Verweisungen auf die Carolina.

Viele Territorien lösten das Problem des Verhältnisses von Landesrecht zu Carolina so, daß sie einfach auf die Carolina als das geltende Reichsstrafgesetz verwiesen, oder sie als integrierenden Bestandteil in ihre Landesordnungen aufnahmen, wie es z. B. in der Reformation von Köln 1538 geschah[78]). In Pommern wurde 1566 ein Abdruck der Carolina publiziert und ebenso 1564 in Braunschweig-Wolfenbüttel[79]). Die Hofgerichtsordnung für das Fürstentum Lüneburg vom Jahre 1559 weist die Gerichtsverwalter auf die Carolina hin[79]). Der Erzbischof von Bremen verweist schon 1556 in einem Edikt über die Totschläger auf die Carolina[80]). Der Bischof von Münster bezieht sich in seiner 1571 publizierten Landgerichtsordnung auf die Carolina und fügt auch einen Abdruck von ihr an[81]). Ebenso nehmen Gesetze in Schleswig-Holstein 1542 und in Münden 1607 auf die Carolina Bezug[82]). Weiter sind von norddeutschen Territorien noch Mecklenburg und Rostock zu erwähnen: die Landt- und

---

[74]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 38.
[75]) *Finger,* Österreichisches Strafrecht, S. 89.
[76]) *Hoegel,* Geschichte des österreichischen Strafrechts, S. 41.
[77]) *Mittermeier,* Über die neuaufgefundene PGO. von 1506 für die Stadt Ratolphzell, A. d. Cr. Bd. IX, S. 60.
[78]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 42; *Geib,* Lehrb., S. 277 ff.; *Köstlin,* Geschichte, S. 213—215.
[79]) *Deichert,* Rechtspflege im alten Hannover, S. 100.
[80]) *Stobbe,* Geschichte der Rechtsquellen, S. 254.
[81]) Münstersche Landgerichts Ordnung 1571 der Dritt Theill, Vom Peinlichen Halssgericht.
[82]) *v. Hippel,* Deutsches Strafrecht, S. 223.

Hofgerichtsordnung von Mecklenburg von 1570 verweist auf die Carolina[83]), und der Rostock'sche Erbvertrag von 1573 sagt[84]): „So woll auch verbunden, in allen Peinlichen Fällen der Keyserlichen Peinlichen Gerichtsordnung nachzugehen". In Brandenburg war schon 1540 durch einen kurfürstlichen Revers der Schöppenstuhl angewiesen worden, „nach Kayser Recht und des Heiligen Reichs aufgerichteten Halsgerichts-Ordnung zu verfahren und zu urteilen". In demselben Jahre wird in der Gegenschrift eines Klägers auf diesen Befehl ausdrücklich Bezug genommen[85]).

In der Stadt Gotha werden schon 1534 als Folge der Publikation der Carolina die strafrechtlichen Sätze in einer Abschrift des Stadtrechts weggelassen[86]). Die Stadtrechtsreformation von Zwickau 1539/69 behandelt die Carolina als das selbstverständlich geltende Reichsrecht und sagt: „Was in peinlichen sachen furder not, das mag man sich bei den rechtsgelehrten, auch in keiser Karls und des heiligen römischen reichs peinlicher gerichtsordnung erkunden[87]). Ähnlich ganz allgemein verweisen auch die Revidierte Gerichtsordnung von Butzbach aus dem Jahre 1578[88]) und die Landrechte von Sponheim (1587)[89]) und von Wildenburg (1607)[90]) auf die Carolina. In der Grafschaft Solms wurde außer der 1571 publizierten Landesordnung auch noch ein Abdruck der Carolina den Gerichten übergeben[91]). Im Erzbistum Trier befiehlt der Erzbischof Johann von der Leyen in einer Verordnung vom Jahre 1572 die Anwendung der Carolina[92]). Er fügt sogar hinzu: „Und dann unsere Vorfahren selig die Kayserliche Halsgerichts Ordnung vorlängst angenommen in unserm Erzstift". Die Halsgerichtsordnung war also tatsächlich schon viel früher eingeführt worden. Für die Stadt Trier findet sich ein allgemeiner Hinweis auf die Carolina in der sogenannten „Eltziana", der „Stadtordnung für die Stadt Trier" vom Jahre 1580[93]).

Im Jahre 1551 wird in Württemberg bei Gelegenheit der Bestätigung des Tübinger Vertrages durch Herzog Christoph die Carolina als selbstverständlich geltendes Gesetz erwähnt[94]). Der Herzog sagt in der Bestätigung, „diese leuterung liesse er gnedig zu, nachdem dieselbig . . . auch Kai — Mt — vnnd des reichs halsgerichtsordnung nit zuwieder sei".

---

[83]) *Wächter,* a.a.O., S. 46.

[84]) *J. L. Stein,* Abhandlungen des Lübischen Rechts. Dritter Theill, S. 408.

[85]) *Hälschner,* Geschichte des Brand.-Preuß. Strafrechts, S. 112 f.; *Holz,* Beiträge zur Stellung der Carolina in Brandenburg, Strafrechtsarch. Bd. 54, S. 274.

[86]) *v. Strenge-Devrient,* Stadtrechte von Eisenach, Gotha u. Waltershausen, S. 34.

[87]) *A. Schultze,* Die Zwickauer Stadtrechtsreformation, S. 191—192.

[88]) *Wächter,* a.a.O., S. 46 und *Geib,* a.a.O.

[89]) *Maurenbrecher,* Die Rheinpreußischen Landrechte, Bd. II, S. 271.

[90]) *Maurenbrecher,* S. 375.

[91]) Gericht vnd Landt-Ordenunge deren Grafschaft Solms. Unter: Von Malefitzsachen.

[92]) *Müller,* Über das Geschichtliche der Folter, S. 5.

[93]) *Bruch,* Strafrechtspflege in der Stadt Trier, S. 9.

[94]) *Wächter,* a.a.O., S. 51; *v. Hippel,* Deutsches Strafrecht, S. 224.

Bei dieser Gelegenheit wird den Gerichten befohlen, einen Abdruck der Carolina zu kaufen und sich danach zu richten. In der im Jahre 1567 publizierten Landesordnung von Württemberg wird an drei Stellen auf die Carolina hingewiesen, beim Felddiebstahl[95]), beim Diebstahl[96]) und beim Totschlag[97]). Es finden sich überhaupt nur wenige strafrechtliche Bestimmungen in dieser Landesordnung. Man hatte ursprünglich die Absicht gehabt, eine umfassende Erläuterung zur Carolina zu geben. Weil aber die Tübinger Juristenfakultät einem dahingehenden Auftrag nicht nachkam, wurde auf dem Landtage von 1565 der Beschluß gefaßt, „diweil keine bessere denn des h. Reichs hals-G.O. erhalten und furgenommen werden mag, so soll fürohin allerdings darnach geurtheilt werden"[98]).

cc) Gesetzbücher zur Ergänzung der Carolina oder zur Entscheidung zweifelhafter Fragen, insbesondere die Constitutiones Saxonicae.

In einigen Territorien wurden Gesetze erlassen, um die Carolina zu ergänzen oder zweifelhafte Fragen zu entscheiden. So wurde das Weichbildrecht von Otterndorf 1541 publiziert, das die Carolina schon ganz als geltendes Recht behandelt[99]). Nachdem die Frankfurter Reformation vom Jahre 1611 einige Delikte behandelt hat, beruft sie sich für die Bestrafung „sonst aller anderer / an Leib oder Leben straffbarer Malefizia, vnd Uebelthaten / wie die auch seyndt" auf die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls[100]). Bezeichnend ist die Einleitung zu einem Edikt für Jülich, Cleve, Berg, Mark und Ravensburg vom Jahre 1554[101]), in der gesagt wird, die Reichsabschiede, Ordnungen, Constitutionen, Mandate würden nicht beachtet, und deshalb habe der Herzog „obbestimpte Edict / Ordnungen / Mandaten und Beuelh / mit etlichem zusatz / wiederumb zusammen bringen lassen . . . / vff das sich niemants einiger vnwissenheit entschuldigen mög". Die Carolina wird mehrere Male, bei Wiedertäuferei[102]), Notzucht[103]) und Doppelehe[104]) ausdrücklich genannt. Auch die Malefizprozeßordnung für Bayern von 1616 behandelt die Carolina als geltendes Recht[105]). In der Vorrede wird gesagt, man habe „für dise Landt ein besondere Ordnung" gegeben, weil in der Carolina der Anklageprozeß vorherrsche, der Inquisitionsprozeß aber in der Praxis gebräuchlicher sei.

---

[95]) Des Fürstentumbs Würtemberg gemeine Landsordnungen, S. CCVIII.
[96]) S. CCIX.
[97]) S. CXCVI.
[98]) *Wächter*, Gemeines Recht, S. 52 und S. 47 f.
[99]) *Wächter*, a.a.O., S. 47 f.
[100]) Der Statt Franckfurt am Mayn ernewerte Reformation 7. Titel des 10. Theils.
[101]) Ordnung und Reformation des gerichtlichen Proces., S. 157.
[102]) S. 158 f.
[103]) S. 166.
[104]) S. 167.
[105]) Landrecht der Fürstenthumbers Obern und Nidern Bayern, Vorrede.

Für Württemberg wurde 1609 eine Criminalordnung verfaßt, die zwar nur ein Entwurf geblieben ist und nie Gesetzeskraft erlangt hat, die aber doch in diesem Zusammenhang bezeichnend für die Stellung eines Territorialgesetzes zur Carolina ist[106]), die durchaus als ein verbindliches Reichsgesetz aufgefaßt wurde. Die Vorrede sagt, der Inhalt des Entwurfes sei „aus gemeinen keyserlichen Rechten, insonderheit aber Kayser Karl des V. Halsgerichts-Ordnung auch billigkheitt und löblich hergebrachten Gebräuchen" entnommen. Neben der Carolina benutzte man noch die anderen Gesetzgebungen des 16. Jahrhunderts und die Schriften der italienischen Juristen als Quellen. Wie alle Gesetze jener Zeit hatte auch dieser Entwurf nicht die Absicht, neues Recht zu schaffen, sondern nur das bestehende Recht klarzustellen[107]): Das, was die Carolina vielfach unbestimmt gelassen hatte, sollte erläutert und ergänzt und der milderen Auffassung der Zeit entsprechend abgeändert werden. Denn Gesetzgebung und Praxis folgten nun, da die Wirren der Reformationszeit überstanden waren, einer milderen Strafauffassung.

Für die Frage der Anerkennung der Carolina als eines in allen Territorien verbindlichen Reichsgesetzes muß ihre Bedeutung in den Ländern sächsischen Rechts als besonders wesentlich erscheinen. Denn hier hatte sich vor allem auf Grund des Sachsenspiegels, der sogar in manchen Gegenden Gesetzeskraft erlangt hatte, allmählich ein festgewurzeltes gemeines subsidiäres Recht entwickelt. Es stand über den einzelnen Statutarrechten und erhielt diese Länder auch noch weiterhin in einer engeren Rechtsgemeinschaft[108]). Charakteristisch ist der Satz in einer 1560 erschienenen Bearbeitung der Carolina für Polen, das weitgehend vom sächsischen Recht beeinflußt ist, „daß die sächsische Erde und die Polen vom gemeinen kaiserl. Rechte frei seien, denn sie hätten ihr eigenes Recht, ihre eigenen Statuten und Privilegien"[109]). Die Ordnung des kurfürstlichen Hofgerichts zu Wittenberg vom Jahre 1550[110]) sagt: Sächsische Rechte, so fern die nicht wider Gottes Wort, und von der christlichen Kirche nicht abgethan seyn, sollen gehalten werden, und in welchen Fällen, das Sächsische Recht, nicht sonderlich ordnet und statuiret, sollen die gemeine geschriebene Rechte gebraucht werden". Also neben dem Sachsenrecht war in der sächsischen Gerichtspraxis auch das gemeine Recht anerkannt, aber nur als Rechtsquelle zweiten Ranges. Wie schon erwähnt, ist ja auch die Aufnahme der salvatorischen Klausel auf den Widerstand Sachsens zurückzuführen. So ist es denn verständlich, wenn behauptet wird, die Carolina hätte in Sachsen erst spät Eingang gefunden, erst am Ende des 16. Jahr-

---

[106]) Vergl. *Geßler,* Entwurf einer Criminalordnung für Württemberg, Zeitschr. f. D.R. und der Rechtswiss., Bd. 20.

[107]) *Geßler,* a.a.O., S. 227.

[108]) *Stobbe,* Geschichte der Rechtsquellen, S. 4; *Güterbock,* Entstehungsgeschichte, S. 178.

[109]) *Dargun:* Rezeption der PGO. in Polen, Z. f. R. 10. Bd., S. 171.

[110]) Codex Augusteus I, S. 1340.

hunderts. So sagt *Erhard*[111]), „ut C. C. sub initium certe fere nullus esset in Saxonia usus". Aber schon 1542 beruft sich Kurfürst Moritz in einem Edikt über das gefährliche Umprägen von Münzen auf die Carolina mit den Worten: „So wollen wir auch einem jeden der Straff, so im Kaiserlicher Majestät peinlichen Hals-Gericht hierauf verordnet, *erinnert* haben, und derselben fleißig Erkundung verwenden, dieselbigen zu erfahren"[112]). Aus dem Wort „erinnert" muß entnommen werden, daß die Carolina schon vorher bekannt und auch in Übung gewesen sein muß. Das hinderte nicht, daß die Sächsischen Kurfürsten sich an die Bestimmung der salvatorischen Klausel, nach der nur „wohlherbrachte gebräuche" gebilligt waren, nicht immer störten. So bestimmte z. B. eine Constitution von 1543, daß Mann und Weib beim Ehebruch gleich bestraft werden sollen, im Gegensatz zu den kaiserlichen Rechten und der auf diese verweisenden Carolina. Diese Auffassung wird verständlich, wenn man bedenkt, daß zum Sachsenrecht, das uneingeschränkt die erste Rechtsquelle darstellte, nicht nur der Sachsenspiegel und alte Gewohnheiten gerechnet wurden, sondern auch die neuere kurfürstliche Gesetzgebung. Da beides dann als Einheit empfunden wurde, bemerkte man garnicht das durch die Carolina aufgestellte Verbot der Bildung neuen Partikularrechts.

Dieser Rechtszustand um die Mitte des 16. Jahrhunderts reichte für die Bedürfnisse der Rechtspflege nicht mehr aus. Der Sachsenspiegel stammte aus einer Zeit, die 300 Jahre zurücklag, das römisch-italienische Recht war selbst in vielen Punkten zweifelhaft und umstritten. Auch die Carolina war oft unklar und unübersichtlich, weil sie auf das gemeine Recht und den Rat der Rechtsverständigen in zweifelhaften Fragen verwies. Daher kamen dann Klagen, „es seien in vielen Fällen ungleiche und widerwärtige Urthel gesprochen, daraus nicht kleine Unrichtigkeit erfolgen"[113]). Darauf erfolgte Bescheid im Jahre 1565, es solle Abhilfe geschaffen werden, damit „in vnseren Aemptern vnd die von der Ritterschaft vnd Stedte in ihren Gerichten desto mehr richtigkeit vnd gleichheit haben mugen"[114]). Die Gutachten und Beratungen von Mitgliedern der Leipziger und Wittenberger Juristenfakultäten und Schöppenstühle zu einem vom Kurfürsten befohlenen Gesetzeswerk wurden niedergelegt in den sogen. „Consultationes Saxonicae". So kommt es, daß wir über das Zustandekommen der 1572 publizierten „Constitutiones Saxonicae" besser unterrichtet sind als über das von irgendeinem anderen Partikulargesetz der damaligen Zeit. Die Absicht ging nicht dahin, eine Kodifikation zu schaffen, sondern nur „eine Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen zum Zwecke der Herstellung eines jus certum zu geben, woran sich in einigen einzelnen Punkten noch weitere legislative Verbesserungen anschlossen"[115]).

[111]) De Constitutionis Caroinae usu, S. 21.
[112]) *Wächter,* Rezeption der Carolina in den einzelnen Territorien, Archiv für Criminalrecht 1837, S. 85.
[113]) *Schletter,* Die Constitutionen, S. 3.
[114]) Ebenda.
[115]) *Schletter,* a.a.O.

Aus dem oben geschilderten Zustand der Rechtspflege und dem Zweck des neuen Gesetzeswerkes ergibt sich, daß die Berücksichtigung des Reichsrechts und insbesondere im strafrechtlichen Teil die der Carolina, nicht einheitlich sein konnte. Zunächst finden wir eine Gruppe von Bestimmungen, die weder dem bisherigen sächsischen Recht noch der Carolina entsprechen, und zwar Zauberei (C. 2), Ehebruch (C. 19), Unzucht (C. 28), Wilderei und Blutschande (C. 22—24). Charakteristisch ist, was die Consultationen als Grund für eine besondere Behandlung z. B. der Blutschande angeben[116]: Da fast kein gewisses Recht darüber zu finden sei, auch die PGO. dieses in Cap. 117 im Zweifel gelassen habe, „die weil aber auss göttlicher Schrifft eine Obrigkeit dessen gewiss / dass Gott der Allmechtige / solche Sünde zum höchsten anfeindet / so hielten wir es für verantwortlich seyn . . .", daß Mann und Frau mit dem Schwert bestraft werden sollen. Also vor allem religiöse Vorstellungen, hervorgerufen durch die Reformation mit ihren gegen früher erhöhten sittlichen Anforderungen, gaben dieser ersten Gruppe ihr Gepräge. Eine zweite Gruppe enthält auch Abweichungen von der Carolina, die sich aber durch die Übung des gemeinen sächsischen Rechts erklären, z. B. Brandstiftung (C. 17) und Vergiftung einer Weide (C. 18).

Bei fast allen übrigen Constitutionen läßt sich ein Gegensatz zur Carolina nicht feststellen. Man ging von der reichsrechtlichen Regelung aus und befaßte sich nur mit Zweifelsfragen. Manche Constitutionen tragen geradezu den Charakter eines Ausführungsgesetzes zur Carolina, z. B. die Bestimmungen über Doppelehe (C. 20) und die anonymen Schmähschriften (C. 44, 46). In mehreren Artikeln dieser Gruppe wird ausdrücklich auf die Carolina verwiesen, bei einer Reihe von Normen fehlt eine derartige ausdrückliche Bezugnahme auf das Reichsrecht. Ein Blick auf ihren Inhalt zeigt jedoch, daß auch sie nur als klarstellende Ergänzungsvorschriften zu werten sind. Zum Teil greifen sie wieder auf älteres Landesrecht zurück, das aber seinerseits dem Reichsrecht im wesentlichen entsprach, z. B. bei der Wegelagerung (C. 13). Bei der Fehde allerdings ist insofern eine Abweichung von der Carolina (Art. 129) festzustellen, als die Constitutionen (C. 14—16) einen Unterschied von erlaubter und nicht erlaubter Fehde nicht mehr kennen.

Schon diese kurzen allgemeinen Hinweise mögen genügen, um zu zeigen, inwieweit die Carolina als Reichsgesetz auch in den Ländern des sächsischen Rechts berücksichtigt wurde. Einerseits aus dem Zweck und der Absicht der Constitutionen, andererseits aus der unter dem Einfluß der Reformation gewandelten Strafrechtsauffassung ergibt sich, daß die Constitutionen eine ganz einheitliche Stellung zu der Carolina nicht einnehmen konnten, aber man bringt ihr in den Consultationen wie auch in den Constitutionen als Reichsgesetz die gebührende Achtung entgegen, selbst wenn man von ihr abweicht[117].

[116]) Friderus Consultationes Buch X, Quest. XLIV, I.
[117]) Vergl. *Wächter*, Über die Rezeption der Carolina, S. 76—82.

dd) Sonstige Gesetzbücher mit Rücksicht auf die Carolina.

Eine letzte Gruppe von Gesetzeswerken in diesem Zusammenhang wird von denen gebildet, die zwar selbständige gesetzgeberische Schöpfungen sind, aber doch die Carolina mehr oder weniger berücksichtigen.

Die Hamburger Statuten[118]) von 1603 verweisen am Ende ihres IV., des strafrechtlichen Teils, auf die im „heiligen römischen Reich publicirten Constitutionen", da „auch künftiger Zeit in dieser guten Stadt sich Fälle zutragen würden, welche in diesem vorgesetzten Stadtrechte nicht spezifiziert". Auch bei der Stadtrechtsreformation von Lübeck vom Jahre 1686, die fast nur altes Recht enthält, ist die tatsächliche Geltung der Carolina nicht in Zweifel zu ziehen[119]). Das sonst selbständige Landrecht von Hadeln (1583) verweist ausdrücklich auf die Carolina[120]). Die Brandenburgica von 1572 für die Brandenburgischen Besitzungen in Franken nimmt einige Zusätze aus der Carolina auf, obgleich sie sie nicht besonders erwähnt[121]). Ebenso berücksichtigt der Entwurf eines Rechtsbuches für die Brandenburg-Preußischen Lande von 1594 die Carolina[122]). Das „Landrecht des Herzogthumbs Preußen"[123]) von 1620 stützt sich weitgehend auf die Carolina. Sie tritt 77 Mal als Quelle auf. Trotzdem bedeutet ihr gegenüber dieses Landrecht wissenschaftlich einen Rückschritt[124]); denn es kennt die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe wie Versuch, Beihilfe usw. nur noch in Verbindung mit einem Einzeldelikt.

Obgleich Polen nicht zum Reiche gehörte, erlangte die Carolina doch hier fast Gesetzeskraft durch ein Werk des Krakauer Schultheißen *Groicki* vom Jahre 1560, in dem er das Strafrecht und Strafverfahren behandelt[125]). Im wesentlichen gibt er nur den Inhalt der Carolina wieder, behandelt aber doch den Stoff mit ziemlicher Freiheit: Manchmal läßt er Artikel einfach aus, mehrere zieht er mitunter zusammen, vieles nimmt er unbedenklich auf, was völlig neu war[126]). Dieses Werk war deshalb so bedeutsam, weil es eine für ganz Polen einheitlich geltende strafrechtliche Kodifikation nicht gab und die Rezeption des römischen Rechts, das in etwa diese Stelle hätte einnehmen können, in Polen nie so tief eingedrungen war wie in Deutschland. Zwar war in Polen das sächsische Recht rezipiert, aber gerade das Strafrecht war darin unvollkommen ent-

---

[118]) Der Stadt Hamburg Gerichts Ordnung und Statuta, Teil IV am Ende.
[119]) *v. Liszt,* Lehrb., S. 55; vergl. auch *Stein,* Abhandlungen des Lübischen Rechts, S. 403.
[120]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 62.
[121]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 40.
[122]) *Köstlin,* Geschichte, S. 215.
[123]) *Elwenspoek,* Über die Quellen des im Landrecht für Preußen von 1620 enthaltenen Strafrechts, S. 16.
[124]) *Elwenspoek,* a.a.O., S. 55.
[125]) Vergl. zum folgenden *Dargun,* Die Rezeption der PGO., S. 109 ff.
[126]) *Dargun,* a.a.O., S. 173.

wickelt[127]). So kam es, daß die Carolina praktisch bis Litauen und Kleinrußland in Geltung war.

Die Hessische Halsgerichtsordnung von 1535 wurde fast wörtlich der Carolina entnommen[128]). Sie hatte allerdings nur 103 Artikel, weil man manche Artikel weggelassen, an anderen Stellen wieder mehrere Artikel zu einem zusammengefaßt hatte.

Die Nassau-Katzenelnbogische Polizeiordnung von 1615 behandelt das Strafrecht gegenüber der Carolina insofern zwar ziemlich selbständig, als sie sich in der Anordnung eng an den Dekalog anschließt, inhaltlich nimmt sie aber doch Rücksicht auf die Carolina, indem sie sich an mehreren Stellen ausdrücklich auf sie bezieht, z. B. bei der Strafe des Selbstmords[129]), der Abtreibung[130]) und der Gewichtsfälschung[131]), bei Diebstahl sogar ganz allgemein für alle vorkommenden Fälle[132]). Bei der Zauberei[133]) begründet sie ausdrücklich, weshalb sie abweichend von der Carolina auch dann mit dem Tode bestraft, wenn ein Teufelsbündnis vorliegt, aber dadurch kein Schaden entstanden ist. Die Churpfälzische Landordnung von 1582[134]) schließt sich im wesentlichen an die Carolina an. In der Vorrede zu ihrem 5. Teil sagt sie, sie sei aus „göttlichen / vnd den beschriebenen Keyserlichen Rechten / auch guten Gebräuchen . . . gezogen" worden. Dieses Churpfälzische Landrecht ist 1606 auch in der bayrischen Oberpfalz eingeführt worden[135]). Fast wörtliche Abschriften davon sind die Landrechte von Baden-Baden von 1588 und von Baden-Durlach von 1622[136]).

Selbst die revidierte Bambergensis von 1580 behandelt die Carolina als geltendes Reichsgesetz, obwohl sie sich im wesentlichen sonst die alte Bambergensis zur Grundlage nimmt[137]). Auch die Henneberger Landesordnung[138]) von 1539 sagt in der Einleitung zum 7. Buch, daß sie als Quelle das gemeine Kaiserrecht und die Carolina benutze, aber sie berücksichtigt trotzdem doch die Carolina nur ganz gelegentlich und folgt sonst der Tiroler Landesordnung von 1532.

Die Landesordnungen für Kärnten[139]) von 1577 und für Mähren[140]) mit dem Publikationspatent aus dem Jahre 1628, beruhen im

---

127) *Dargun,* a.a.O., S. 197.
128) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 55; *Winter,* Strafgesetzgebung in Althessen, S. 7—9.
129) Art. 42.
130) Art. 54.
131) Art. 93.
132) Art. 80.
133) Art. 5.
134) Chur-Fürstl. Pfaltz Landts ordnung 5. Theil.
135) *Hippel,* Deutsches Strafrecht, S. 223.
136) *Hippel,* a.a.O.; *Wächter,* a.a.O., S. 58.
137) *Wächter,* a.a.O., S. 62.
138) *Stobbe,* Geschichte der Rechtsquellen, S. 254.
139) *Finger,* Österreichisches Strafrecht, S. 89.
140) *Wächter,* a.a.O., S. 63; *Finger,* a.a.O., S. 95.

wesentlichen auf der Carolina; die Landgerichts-Ordnung[141]) für Krain von 1535 hat als Quelle die niederösterreichische Landesordnung von 1514 und die Carolina. Die am 24. Dezember 1574 erlassene Land- und peinliche Gerichtsordnung für Steyer[142]) enthält in den Artikeln 71—136 einen fast wörtlichen Abdruck der Artikel 107—180 der Carolina. Nur teilweiser Einfluß der Carolina ist nachweisbar in der Tiroler Landesordnung von 1573[143]), die im übrigen auf der Tiroler Malefizordnung von 1499 fußt.

c) Auswirkung der Carolina auf die Rechtsprechung.

Nach diesem Überblick über den Einfluß der Carolina auf die Strafgesetzgebung bis in den Anfang des 17. Jahrhunderts hinein ist im folgenden an einigen zeitlich geordneten Beispielen zu erläutern, wie ihre Publication sich auf die Praxis einiger von denjenigen Territorien auswirkte, in denen keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfolgte, und dann ist kurz auf die Bedeutung der Carolina im Gebiete der Schweiz einzugehen. Ein Einfluß der Carolina auf die Praxis des Magdeburger Schöffenstuhles ist schon 1536 erkennbar[144]). Die Tortur war nämlich in Magdeburg nicht vorgesehen und wurde auch nicht angewandt. Aber 1536 entschieden sich die Schöffen in einem Fall, die Tortur anzuwenden. In Überlingen[145]) ist schon unmittelbar nach ihrem Erlaß die Carolina praktisch angewandt worden außer für die Tatbestände, für die abweichende Bestimmungen getroffen worden waren. Die Urteile nennen zum Teil ausdrücklich „des hailigen Römischen Reiches peinliche Halsgerichtsordnung". In Celle[146]) ergingen seit 1547 Urteile, die „nach Laut und Inhalt Kaisers Carl V. und des heiligen römischen Reichs peinlicher Gerichtsordnung" abgefaßt sind. Bemerkenswert ist, daß schon 1548 hart an der Grenze Württembergs in der Nähe von Tübingen ein Urteil unter Berufung auf die Carolina ergangen ist[147]). Daraus ist zu schließen, daß sie in jener Gegend auch schon vor der Erwähnung durch Herzog Christoph im Jahre 1551 bekannt war. In Freiburg wird die Carolina zum ersten Male 1563 erwähnt[148]). Merkwürdigerweise schreibt der Rechtsgelehrte Dr. *Schmidlin* dann im Jahre 1565: „Es ist aber solche satzung in dissem land meynes wissens nit in üblichen brauch . . ." Derselbe Jurist beruft sich 5 Jahre später selbst auf die Carolina, die dann in den folgenden Jahren immer häufiger angeführt wird. Kraft Gewohnheitsrechtes hat die Caro-

---

[141]) *v. Liszt,* Lehrbuch, S. 54.
[142]) *Finger,* a.a.O., S. 91.
[143]) *v. Liszt,* Lehrbuch, S. 53.
[144]) *Becker,* Magdeburger Recht in der Lausitz, S. 82.
[145]) *Müller,* Strafrecht von Überlingen, S. 7.
[146]) *Nöldeke,* Criminalrechtspflege in Celle, S. 2.
[147]) Ein peinliches Verfahren unter Anwendung der CCC nach Gerichtsakten vom Jahre 1548. Z.f.D.R. XIII, S. 431.
[148]) *Schindler,* Verbrechen und Strafen im Recht der Stadt Freiburg, S. 10.

lina auch in Danzig Eingang gefunden[149]). Man muß bedenken, daß sich Danzig seiner formellen Nichtzugehörigkeit zum Reich wohl bewußt war und deshalb dem Reichsrecht mißtrauisch gegenüberstand. Trotzdem beruft sich schon ein Urteil aus dem Jahre 1580 auf die Carolina.

Einen bedeutenden Einfluß hat die Carolina auf das neugefaßte Kulmische Recht ausgeübt[149]). In der freien Reichsstadt Offenburg war die Carolina seit 1587 dauernd in Übung[150]). Wie wir schon oben bei dem Entwurf einer Criminalordnung für Württemberg vom Jahre 1609 gesehen haben, herrschte am Ende des 16. Jahrhunderts allenthalben eine Tendenz zur Milderung der Strafen vor. Dasselbe weist *Kohler* auch hier für Offenburg nach. In Gengenbach wurde die Geltung der Carolina seit 1598 als selbstverständlich unterstellt[151]), aber praktisch die Härte ihrer Strafen durch das richterliche Begnadigungsrecht bedeutend abgeschwächt, indem die Leibes- und Lebensstrafen vielfach durch Stadtverweisung ersetzt wurden. Für die Reichsstadt Zell am Hamersbach ist das erste Urteil, das die Carolina erwähnt, erst 1645 nachweisbar[152]). Auch in Aachen ist der Schöffenstuhl bemüht, statt der ordentlichen Strafen mildere Strafen zur Anwendung zu bringen[153]). Hier kam noch der besondere Umstand hinzu, daß der Herzog das ihm zustehende Begnadigungsrecht auf den Schöffenstuhl übertragen hatte, so daß dieser sich für befugt hielt, nach seinem Ermessen jedes mildere Strafmittel anzuwenden. Daher stützen sich Urteile nur äußerst selten auf geschriebene Gesetzesstellen, wenn sie sich aber ausnahmsweise auf ein Strafgesetz beziehen, dann auf die Carolina oder auf einige städtische Edikte.

Bezeichnend für das Ansehen der Carolina ist ihre Stellung im Gebiete der heutigen Schweiz. Denn die Verbindung der Schweiz mit dem übrigen Reiche war durch den Abschluß des Ewigen Bundes im Jahre 1501 stark gelockert, wenn damals auch noch nicht die endgültige Trennung erfolgte[154]): Sowohl das Reich wie auch die Eidgenossen hatten nicht die Absicht eines völligen staatsrechtlichen Bruches, man besuchte die Reichstage sogar noch gelegentlich und ließ sich alte Rechte bestätigen. Aber sonst hütete man sich, politisch sich festzulegen. Da die Carolina nur für den engeren Reichsverband erlassen war, erwähnte man sie z. B. in Basel in der Gesetzgebung im 16. und 17. Jahrhundert nicht, wenn auch zwei Verordnungen von 1534 und 1541 schon einen deutlichen Einfluß der Carolina zeigen[155]). In der Rechtsprechung ist sie in Basel zum ersten Male im Jahre 1581 erwähnt in einer Eingabe an einen Schultheißen. Der

---

[149]) *Meye,* Strafrecht der Stadt Danzig, S. 17 f.

[150]) *Kohler,* Die Carolina in den freien Reichsstädten Offenburg und Zell am Hamersbach. Strafr.Arch. Bd. 59, S. 218.

[151]) *Hellinger,* Die Carolina in Gengenbach. Strafr.Arch. Bd. 59, S. 78 ff.

[152]) *Kohler,* a.a.O.

[153]) *Oppenhoff,* Die Strafrechtspflege zu Aachen.

[154]) *Nagler,* Die Geltung der Carolina in Basel. — Anders: *Maier,* Geltung der PGO. im Gebiete der heutigen Schweiz, S. 98.

[155]) *Nagler,* a.a.O., S. 4 f.

nächste Hinweis auf sie findet sich in einem Gutachten der Juristenfakultät aus dem Jahre 1597[156]). Der Fürstbischof von Basel und der Abt von St. Gallen waren bis 1648 zugleich Reichsfürsten, so daß man annehmen kann, daß sie die Carolina als ohne weiteres in ihrem Gebiet geltendes Reichsrecht betrachteten[157]). Denn im Fürstbistum Basel wird 1604 die Carolina als bekannt vorausgesetzt. Im Gebiete des Abtes von St. Gallen finden wir den ersten Hinweis auf das Reichsgesetz im Jahre 1598[158]). Schon 1592 finden wir z. B. in Schaffhausen die Carolina in der Einleitung zu einem Urteil erwähnt, und zwar, um zusammen mit der Bibel, mit allen geistlichen und weltlichen Rechten die Strafbarkeit des Diebstahls zu beweisen[159]). In Luzern war im 16. Jahrhundert ein Auszug aus der Carolina eingeführt worden, jedoch nicht als Gesetz, sondern nur als Belehrung des Richters, nach welchen allgemeinen Rechtssätzen er richten soll[160]). In Graubünden galt die Carolina als subsidiäres Recht. In einer Anfrage an den Bundestag aus dem Jahre 1598 wird sie dort unter den Begriff „Kaiserliche Rechte" mitbegriffen[161]).

Wenn auch im allgemeinen der Einfluß der Carolina in der Schweiz im 16. Jahrhundert und im Anfang des 17. Jahrhunderts noch sehr schwach war, so ist doch ein Kennzeichen für den Wert, den man ihr zumaß, daß sie in der politisch fast selbständigen Eidgenossenschaft überhaupt verhältnismäßig schon so bald Eingang gefunden hat.

§ 3.

Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina während des ersten Jahrhunderts ihrer Geltung.

Für das erste Jahrhundert der Geltung der Carolina können wir also zusammenfassend feststellen, daß ihr Hauptverdienst zunächst darin lag, daß sie eine feste reichsgesetzliche Grundlage für die strafrechtliche Weiterentwicklung bot.

Wenn auch infolge der fortschreitenden politischen Zersplitterung partikulare Eigenheiten und Besonderheiten sich nicht nur erhielten, sondern auch neu bildeten, so waren diesem Vorgang nunmehr feste Grenzen gesetzt. Da auf strafrechtlichem Gebiet Kaiser und Reich bestimmt hatten, was Recht war, faßten die einzelnen Territorialherren ihre Befugnis, selbst eine Regelung zu treffen, nicht mehr als selbstverständlich auf, sondern bemühten sich, wie z. B. in den sächsischen Constitutionen, mehr oder

---

[156]) *Nagler*, a.a.O., S. 10.
[157]) *Meyer*, a.a.O., S. 23 ff.
[158]) *Meyer*, a.a.O., S. 135.
[159]) *Meyer*, a.a.O., S. 155 f.
[160]) *Bode*, Die Bestrafung des Kindesmords im mittelalterlichen schweizerischen Recht. Strafr.Arch. Bd. 56, S. 131.
[161]) *Baumgärtner*, Die Geltung der peinlichen Gerichtsordnung Karls V in Gemeinen III Bünden, S. 20.

weniger eingehende Begründungen für etwaige Abweichungen von der Carolina zu geben. Zwar hat die Peinliche Gerichtsordnung in Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung erst allmählich, mitunter sogar erst 100 Jahre nach ihrem Erlaß, Eingang gefunden; demgegenüber aber muß man erstens rein äußerlich die mangelhaften Verkehrsmöglichkeiten berücksichtigen, dann aber auch die Einstellung jener Zeit zum Gesetz überhaupt und das Mißtrauen, das der konservative, aber ungelehrte Mann allem, was geschrieben war, entgegenbrachte. Desto erstaunlicher ist es, daß der Einfluß der Carolina auf fast alle bedeutenderen Gesetzeswerke schon des 16. und des Anfangs des 17. Jahrhunderts nachweisbar ist.

Noch war auch die in ihren Anfängen befindliche deutsche Strafrechtswissenschaft nicht imstande, ein so bedeutendes Gesetzeswerk ganz zu verstehen und auszuwerten. Aber dadurch, daß der zwar dem römisch-italienischen Recht entnommene Stoff der Carolina doch frei und selbständig gestaltet ist und sie die Rechtsgelehrten bewußt an der Rechtspflege beteiligt, hat sie überhaupt erst die Weiterentwicklung einer dem römischen Recht gegenüber selbständigen deutschen Strafrechtswissenschaft ermöglicht.

Diese bedeutende Stellung innerhalb der damaligen Rechtsordnung und den großen Einfluß auf die fernere Strafrechtsentwicklung konnte die Carolina aber nur haben, weil sie mit der vollen Verbindlichkeit eines Reichsgesetzes ausgestattet war. Somit wird allein die besonders von Wächter vertretene Ansicht der Bedeutung der Carolina gerecht. Eine Stütze für die Richtigkeit dieser Meinung bieten nicht nur der Zweck, den Kaiser und Reich mit der Publikaton der Carolina verfolgten, und ihr Sinn, sondern auch ihr eigener klarer Wortlaut.

II. Bedeutung der Carolina im 17. Jahrhundert.

§ 4.

Einfluß der Ideen der Reformation auf das Strafrecht.

a) Starkes Hervortreten des jus divinum in der Strafrechtsauffassung des Protestantismus.

Im 17. Jahrhundert standen die süddeutschen Staaten unter dem Druck der Gegenreformation, so daß die führende Stellung in der Wissenschaft, auch der Strafrechtswissenschaft, auf den Norden des Reiches überging. Maßgeblich auch auf dem Gebiete des Strafrechts waren vor allem die protestantischen Universitäten von Wittenberg, Leipzig und Jena. In diesem Ursprungsgebiet des Protestantismus waren die Ideen der Reformatoren in allen Wissenschaftsdisziplinen noch lebendiger als anderswo.

Um die Strafrechtswissenschaft und -praxis jener Zeit und die daraus entspringende Haltung gegenüber der Carolina zu verstehen, ist es erforderlich, sich kurz die Straf- und Strafrechtsauffassung der Reformation zu vergegenwärtigen. Gemeinsam war der Reformation mit der Gegenreformation, daß sie die religiöse Idee wieder in den Mittelpunkt rückten[1]). Somit erstreckte sich der Streit der Konfessionen nicht auf das strafrechtliche Gebiet. Hier gab es mehr Gemeinsames als Trennendes. Hinzu kam, daß beide Konfessionen bestrebt waren, die Staatsgewalt zu stärken und zu festigen.

Luther selbst hat im Gegensatz zu Melanchthon eine zusammenfassende Strafrechtstheorie nicht gegeben[2]). Seine Auffassung können wir nur aus gelegentlichen Äußerungen entnehmen. Durch die Lehre vom allgemeinen Priestertum hatte die Reformation das Verhältnis zwischen den Ordnungen dieser Welt und dem christlichen Liebesgebot, zwischen dem Sozialideal des Evangeliums und der individuellen Sittlichkeit zum Problem erhoben[3]). Es galt nun, die weltliche Strafe unmittelbar aus dem Liebesgebot herzuleiten. „Im Falle eines Unrechts solle zwar nicht der Verletzte selbst, aber die anderen die Obrigkeit herbeirufen, aus brüderlicher Treue und Sorgfältigkeit"[4]). Daß die Strafe an sich auch eine weltliche Angelegenheit ist, weiß man wohl; so führt Melanchthon als Strafzwecke außer der „iustitia Dei" die spezial- wie die generalpräventiven an[5]). In dem strikten Liebesgebot der Bergpredigt und dem Schwert der Obrigkeit sieht man keinen Gegensatz. Denn die Forderungen der Bergpredigt beziehen sich ja nicht auf die äußere Ordnung dieser Welt: Christus ist Erlöser und kein Gesetzgeber. Das Neue Testament enthält überhaupt kein Gesetz. Im Alten Testament ist das Gesetz Mosis einschließlich der 10 Gebote zwar nur den Juden gegeben, aber es verpflichtet auch die Christen insoweit, als es mit dem natürlichen Gesetz übereinstimmt[6]). Dieses natürliche Gesetz ist die Sittlichkeit, d. h. „das göttliche Gesetz nach seinem gesamten christlich verstandenen Umfang"[7]). Denn alles Recht geht letzten Endes auf Gott zurück.

Durch die Einführung dieses Naturrechtes war der Anschluß an die vorreformatorischen Schriftsteller, vor allem die Italiener gewährleistet. Somit wurde verhindert, daß es zwei Strafrechte in Deutschland in der Folgezeit gab. Der Protestantismus konnte also auch getrost die Carolina grundsätzlich als verbindliches Gesetz anerkennen, ohne von seinen Grundsätzen abgehen zu müssen.

---

[1]) *Schaffstein,* Beiträge zur Strafrechtsentwicklung, S. 26.

[2]) *Mayer,* Strafrechtstheorie bei Luther und Melanchthon, S. 82/3; *Stammler,* Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 28.

[3]) *Mayer,* a.a.O., S. 85 ff.

[4]) *Mayer,* a.a.O., S. 88.

[5]) *Mayer,* a.a.O., S. 83.

[6]) *Mayer,* a.a.O., S. 106; *Carpzov,* Practiva Nova Quaest. 77, Nr. 32.

[7]) *Mayer,* a.a.O., S. 87.

b) Bedeutung der positiven Strafgesetze innerhalb der Rechtsordnung.

Eine andere Frage, die auch in diesem Zusammenhang geprüft werden muß, ist die, inwieweit in der hier erörterten Epoche überhaupt Strafgesetze als verbindlich betrachtet wurden und welchen Wert man den Gesetzen als Rechtsquellen beimaß. Den charakteristischen Stempel drückt dieser Epoche der Strafrechtsgeschichte *Carpzov* auf, so daß es im wesentlichen genügt, an Hand seines Hauptwerkes, den „Practica Nova", diese Frage zu erörtern.

Die Obrigkeit ist von Gott eingesetzt, um wenigstens die äußere Übung des göttlichen Gesetzes und der Sittlichkeit zu erzwingen[8]). So sagt Carpzov: „Magistratus legitimus a Deo est constitutus, ipsique potestas condendi et sanciendi salutares leges est concessa"[9]). Das bedeutet für die Obrigkeit nicht nur ein Recht, sondern vor allem eine Pflicht[10]) gegenüber Gott. „Quin et Principibus ac Magistratibus incumbere legum transgressoribus poenas irrogare, vel ex ipsius Dei mandato colligitur. Quod si magistratus in poenis irrogandis negligens est Deus ipsemet ad vindictam exurgit"[11]). Überall also finden wir religiöse Gedankengänge. So sagt Carpzov an anderer Stelle: „Saepe enim ob unius delictum, dum non vindicatur, Deus in universum irascitur populum"[12]). Die Gesetze sind nur ein Mittel zur Durchsetzung dieser göttlichen Gerechtigkeit und eine Richtschnur für die Strafzumessung des Richters: „Judicis tamen arbitrium non ex opinione propria, sed legibus et rationibus oportet esse moderatum"[13]). Einen festen Maßstab für das Ermessen des Richters zu haben, war deshalb besonders wichtig, weil man in jener Zeit auf Grund einer mißverstandenen Stelle des römischen Rechts[14]) fast alle Strafen für arbiträr hielt. So sagt Carpzov: „Hodie omnia fere crimina sunt arbitraria et extra ordinem puniantur. Ita ut poenam, a Statuto vel lege definitam, iudex augere, diminuere vel in aliam commutare queat"[15]). Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, können die Gesetze als Rechtsquellen nur geringe Bedeutung haben. Denn oberster Grundsatz ist, „ut dignitas, autoritasque ejus, in quem peccatum fuit, conservetur"[16]). Um diesen Grundsatz durchzusetzen, verwendet er nebeneinander zur Strafbegründung das jus divinum, das jus civile, die Carolina, die sächsischen Constitutionen und auch das

---

[8]) *Mayer,* a.a.O., S. 101.
[9]) Practica Nova Quaest. 77, Nr. 19.
[10]) *Schaffstein,* Beitr. zur Strafrechtsentwicklung, S. 34.
[11]) Practica Nova Quaest. 101, Nr. 8.
[12]) Practica Nova Quaest. 101, Nr. 15.
[13]) Practica Nova Quaest. 102, Nr. 17; vergl. Qu. 133, Nr. 6.
[14]) D. 48, 19, 13. „Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quem vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem, ita tamen ut in utroque moderationem non excedat".
[15]) Qu. 24, Nr. 9; vergl. auch Nr. 10.
[16]) Qu. 101, Nr. 11.

Gewohnheitsrecht. Der „Legislator Summus"[17]) ist Gott selbst. Daher bedeutet Carpzov jedes Verbrechen zugleich auch eine Sünde wider Gott. Sogar der Dieb „morte moriatur, quia Legem Domini contemsit"[18]). Bezeichnend ist auch seine Ansicht vom crimen laesae Majestatis humanae. Es ist für ihn das schwerste Verbrechen, das gegen Menschen begangen werden kann, weil es auch eine Beleidigung Gottes enthält, dessen Statthalter der Kaiser ist. „Ideoque proditor Principis dicitur proditor Dei"[19]). Selbst wer nach weltlichem Recht bestraft wird, wird eigentlich nach göttlichem Recht gerichtet, da ja das jus divinum befiehlt, den leges humanae zu gehorchen[20]). Alles irdische Recht gilt also nur insoweit, als es dem jus divinum als dem Recht des höchsten Gesetzgebers nicht widerspricht. Von dem Gebot der lex Divina kann auch kein weltlicher Fürst Befreiung gewähren. Daher ist das Begnadigungsrecht der Obrigkeit bei den schwersten Verbrechen, wie bei Mord, Meineid, Blasphemie, Sodomie usw. ausgeschlossen[21]).

§ 5.

Das Verhältnis der Praxis, insbesondere der Carpzows zu der Carolina.

a) Die Carolina als subsidäre Rechtsquelle zum Partikularrecht.

Selten nur geht Carpzov ausdrücklich auf die Rangfolge der einzelnen weltlichen Rechtsquellen untereinander ein. Zur Lösung dieses Problems sind wir in der Hauptsache auf Schlußfolgerungen aus seiner oben angeführten Anschauung vom Gesetz überhaupt angewiesen.

Der höchste Gesetzgeber nächst Gott ist der Kaiser. Also müssen von allen weltlichen Gesetzen das jus civile und die Carolina in höchstem Ansehen stehen. Beide stellt er auch einmal bei Erörterung der „leges humanae" im Gegensatz zum „jus divinum" auf eine Stufe[22]). Dagegen spricht er sich an einer anderen Stelle[23]) deutlich über das Verhältnis beider Rechtsquellen aus, indem er sagt: „Et certe in delictis atque poenis dictandis magis ad Ordin. Carol. Crim. quam ad dispositionem Juris civilis respiciendum est. Praedicta enim Ordinato consensu omnium Statuum imperii sancita atque promulgata juri communi derogat, et Imperio Romano jus civile est, omnesque Imperio subjectos obligat". Weiter führt er an dieser Stelle aus, daß das Ansehen der Carolina im Reich bedeutend größer sei als das der anderen Gesetze. Dem jus civile komme gegenüber der Carolina nur subsidiäre Bedeutung zu[24]). Bezeichnend ist seine Feststel-

[17]) Qu. 77, Nr. 14.
[18]) Qu. 77, Nr. 24.
[19]) Qu. 41, Nr. 1 und 2.
[20]) Qu. 101, Nr. 36.
[21]) Qu. 150, Nr. 29.
[22]) Qu. 101, Nr. 36.
[23]) Qu. 20, Nr. 32.
[24]) Qu. 20, Nr. 34.

lung, daß die Autorität der Carolina sogar auch „in diesen Ländern"[25] sehr groß sei, also auch in den Ländern sächsischen Rechts, in denen Carpzov lebte und wirkte.

Alle weltlichen positiven Gesetze sind für Carpzov nur ein Spiegelbild der göttlichen Ordnung. Daher ist für ihn das Ideal, daß sie alle übereinstimmen. So haben die sächsischen Constitutionen die Carolina nur bekräftigt[26]). Zuerst untersucht er einen vorliegenden Fall an Hand des Reichsrechts. Mitunter kann er dann feststellen: „Sufficiat nobis decisio Imp. Caroli V in Ord. Crim. quam ut legem authenticam et constitutam publicam merito sequimur in art. 140 ibi"[27]). Wenn das Partikularrecht irgend eine Frage nicht regelt, so gilt das Reichsrecht ohne weiteres als subsidiäre Rechtsquelle: „Quod Juri Saxonico deest, ex Jure communi civili et Ordin. Crim. suppleri debeat"[28]). Schwierigkeiten könnten aber dann entstehen, wenn das Partikularrecht eine vom Reichsrecht abweichende Bestimmung enthält. Nach Carpzovs Meinung muß hier das Reichsrecht weichen: „Nam quod jure municipali specialiter non immutatum est, id sub iuris communis dispositione relinquitur"[29]). Ist es aber wirklich zweifelhaft, welche Bestimmung zur Anwendung gelangt, so „in dubio vero mitior sententia eligenda sit"[30]). Es ist aber niemals zulässig, der Carolina den Vorwurf der Ungerechtigkeit zu machen; denn wenn man sagen würde, dieses Gesetz sei ungerecht und tyrannisch, so würde dieser Vorwurf gegen das Haupt des Reiches erhoben[31]).

b) Die Carolina und die rechtspolitischen Bedürfnisse der Zeit.

Die letzten Ausführungen haben gezeigt, daß Carpzov der Carolina als Reichsgesetz ausdrücklich höchste Bedeutung beimaß, wenn er auch der rein juristischen Geltung nach das Partikularrecht als an erster Stelle stehend betrachtete. Carpzov selbst wie auch den anderen Rechtsgelehrten jener Zeit kamen die Schwierigkeiten, die sich durch die Geltung verschiedener Rechtsquellen nebeneinander erhoben, gar nicht zum Bewußtsein. Denn das Strafrecht jener Epoche hatte noch nicht die Kraft, eine selbständige, autonome Wissenschaft mit eigenen festen Begriffsbestimmungen hervorzubringen und etwa auftretende Schwierigkeiten nach allgemeinen Gesichtspunkten zu beurteilen. Zwar sind bei *Theodoricus* in dieser Hinsicht schon Ansätze vorhanden, wenn er eine allgemein gültige Verbrechensdefinition aufzustellen versucht[32]): „Delictum in genere ita definiri potest, quod sit factum, iuri contrarium, a voluntate hominis

---

[25]) Qu. 20, Nr. 22.
[26]) Qu. 77, Nr. 25.
[27]) Qu. 30, Nr. 54.
[28]) Qu. 42, Nr. 25; ebenso Qu. 25, Nr. 10.
[29]) Qu. 64, Nr. 18.
[30]) Qu. 78, Nr. 107—108.
[31]) Qu. 77, Nr. 25.
[32]) *Theodoricus:* Judicium criminale, Cap. I, Aphor. 7.

proveniens quo ob proprium commodum iram ac libidinem explendam alium publice privatimque offendit, seque per hoc ad poenam laeso obligat". Auch sonst ist Theodoricus ein Vertreter der humanistisch-rationalistischen Richtung, der religiöse Vorstellungen in der Strafrechtswissenschaft fremd sind[33]). Jedoch konnte diese weltlich-humanistische Auffassung neben der mächtigen religiösen vom Verbrechen als Sünde nur ein bescheidenes Dasein fristen. Überdies ging die Forderung jener Zeit weniger nach wissenschaftlicher Vertiefung und Aufstellung allgemeiner Prinzipien als nach praktischer Strafrechtspflege. Die praktisch-empirische Richtung beherrschte diesen Zeitabschnitt der rechtsgeschichtlichen Entwicklung[34]). Darauf, daß Carpzov diesen Anforderungen der Zeit voll und ganz genügen konnte, beruhen seine Berühmtheit und sein Einfluß auf die zeitgenössische und die nachfolgende Strafrechtspflege[35]).

Es erhebt sich nun das Problem, inwieweit die allmächtige Praxis trotz äußerer Anerkennung der Carolina als eines verbindlichen Reichsgesetzes ihren Wortlaut zur Grundlage ihrer rechtlichen Erkenntnisse machte. Z. B. waren kriminalpolitische Bedürfnisse maßgebend für die Ausbildung der Theorie des dolus indirectus[36]). Die Carolina knüpfte nur an die gewollte Tat die Straffolge. Sie spricht von „boshafftig" oder „fürsetzlich"[37]), bestimmt diese Begriffe aber nicht genauer. Um nun den Kreis der strafbaren Handlungen zu erweitern, nimmt besonders Carpzov den Begriff des dolus indirectus zu Hilfe, der Elemente aus drei Theorien enthält, der doctrina Bartoli, der Lehre vom dolus generalis und der vom dolus indirectus des Spaniers *Covarruvias*[38]). Carpzov selbst stellt z. B. den Satz auf: „Voluntarie quoque occidere videtur non solum is, qui animum habet occidendi, set et qui vulnerando causam praebet mortis"[39]).

Ähnliche Erwägungen waren maßgebend für die Ausbildung des Begriffes der crimina extraordinaria, der auch von *Carpzov* zu einer besonderen Lehre erweitert worden ist. Carpzov definiert diesen Begriff folgendermaßen: „Crimina extraordinaria . . . sunt . . . veluti actus et facta indifferentia, quae sua natura non quidem delicta sunt, sed ex accidenti formam delicti assumunt"[40]). Eine ähnliche Begriffsbestimmung gibt der Tiroler *Frölich* von Fröhlichsburg, dessen Werk stark von Carpzov beeinflußt ist[41]). Der Richter also, und nicht das Gesetz beurteilt, ob eine Tat als strafwürdig angesehen wird oder nicht[42]).

---

[33]) *Schaffstein:* Beiträge zur Strafrechtsentwicklung, S. 27 ff.
[34]) *Schaffstein,* a.a.O., S. 44.
[35]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 104.
[36]) *Schaffstein,* Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 107 ff.
[37]) z. B. Art. 137.
[38]) *Schaffstein,* a.a.O.
[39]) Qu. I, Nr. 31.
[40]) Qu. 134, Nr. 1.
[41]) *Fröhlich v. Frölichsburg,* Commentarium Tract. II, Buch I, Tit. 1, Nr. 5.
[42]) *Boldt,* J. S. F. von Böhmer, S. 56.

Völlig aber entfernt sich Carpzov vom Boden des ursprünglichen Sinns der Carolina durch seine Lehre von der extraordinären Bestrafung. So sagt er: „Notissimum est, quod in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi liceat"[43]). Damit war die Voraussetzung für die ungehemmte Anwendung der Folter, Instanzenentbindung und der Verdachtsstrafe geschaffen[44]).

Mit diesen besonders von Carpzov vertretenen Lehren ist der Rahmen der Carolina gleichsam von innen heraus gesprengt, ohne daß man ihre äußere Verbindlichkeit irgendwie anzweifelt. Wie willkürlich Carpzov bisweilen mit dem Gesetz umspringt, wenn er ein festes Gewohnheitsrecht vorfindet, zeigt seine Behandlung der Münzfälschung[45]). Die Carolina bestraft schon den mit dem Feuertode, der falsche Münzen anfertigt o d e r ausgibt. Carpzov sagt, diese strenge Bestrafung sei von den Schöffen verlassen worden[46]), und nur der würde in Sachsen mit dem Feuertode bestraft, der „vitiosam monetam fabricasset simul e t expendisset". Diese „observantia et praxis in foro Saxonico" sei ausdrücklich durch die Carolina anerkannt durch die Worte im Artikel 111: „Die sollen nach gewohnheyt auch satzung".

Ebenso willkürlich legt Carpzov das Gesetz im Falle der Zauberei aus. Art. 109 der Carolina bestimmt, daß nur der mit dem Tode bestraft werden soll, der durch Zauberei anderen Schaden zufügt. Die sächsischen Constitutionen[47]) machen aber die Todesstrafe nicht vom eingetretenen Schaden, sondern vom Vorliegen eines Teufelsbündnisses abhängig. Diese durch die Constitutionen getroffene Regelung interpretiert er nun ganz willkürlich in den Wortlaut des Art. 109 der Carolina hinein[48]).

§ 6.

Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina im 17. Jahrhundert.

Zusammenfassend kann für die Stellung der Carolina in dieser Epoche der Strafrechtsgeschichte festgestellt werden, daß sie zwar äußerlich als verbindliches Gesetz betrachtet wurde, wenn auch nur insoweit, als man damals Gesetze überhaupt für verpflichtend ansah. Aber ihre Bedeutung trat weit hinter der der praktischen Rechtsprechung und der kriminalpolitischen Bedürfnisse der Zeit zurück. Sie diente nur dazu, die gemäß dem allgemeinen Rechtsbewußtsein bereits vorher gefällte Entscheidung nachträglich in Verbindung mit der Bibel und Stellen aus anderen Gesetzen zu bekräftigen und zu erhärten. Konnte die Entscheidung durch kein Gesetz gestützt werden, so wurde der Wortlaut ausgelegt, umgebogen und

[43]) Qu. 102, Nr. 67; Qu. 24, Nr. 10.
[44]) *Schaffstein,* Beiträge zur Strafrechtsentwicklung, S. 38.
[45]) Qu. 42; *Hegler,* Praktische Tätigkeit, S. 53.
[46]) Qu. 42, Nr. 99.
[47]) Constitutiones Saxonicae P. IV const. 2.
[48]) Qu. 49; *Hegler,* Praktische Tätigkeit, S. 23.

auch verfälscht, bis der gewünschte Sinn die nötige Gesetzesgrundlage für die schon vorher feststehende Entscheidung bot[49]). Damit freilich wurde der Carolina eine dienende Rolle zuerkannt, die ihrer nicht würdig war.

Aber doch ist auch in dieser Zeit ihr Verdienst nicht zu gering anzuschlagen, das darin liegt, daß sie in Verbindung mit Carpzovs bedeutendem Einfluß mit dazu beitrug, die Grundlagen für ein gemeinsames deutsches Strafrecht zu schaffen, das freilich vorläufig noch stark unter dem Einfluß der römisch-italienischen Wissenschaft stand[50]).

III. Die Carolina in der Epoche des Naturrechts.

§ 7.

Einfluß der Naturrechtslehre auf den Begriff des Strafgesetzes.

Vom Beginn des 17. Jahrhunderts ab wurde die bis dahin herrschende religiös-christliche Weltanschauung durch die Entdeckungen, Erfindungen und Weltreisen allmählich mehr und mehr untergraben. An die Stelle der selbstverständlichen Gläubigkeit trat der Rationalismus. Nicht mehr das Verhältnis des einzelnen Menschen zu Gott stand im Mittelpunkt des Denkens, sondern sein Verhältnis zur Gemeinschaft. Das Recht löste sich von der Theologie, das somit säkularisiert wurde. Wenn früher Maßstab für den Wert eines Verhaltens das in der Bibel geoffenbarte göttliche Recht war, so nahm nunmehr diese Stelle das allen Menschen von Natur eingepflanzte Rechtsempfinden ein[1]). Diese Anschauung gelangte dann zum vollen Durchbruch im 18. Jahrhundert.

Diese Idee des Naturrechts ist an sich nicht neu. Schon Thomas von Aquin sagt: „Bonum commune melius bono privato, si utrumque in eodem genere". — Dies wiederum „quia homo naturaliter est animal sociale"[2]). Dieses Naturrecht aber stand bisher mit dem jus divinum in enger Verwandtschaft, eines war ohne das andere nicht denkbar. Nun aber machte sich das Naturrecht selbständig und trat gleichberechtigt neben die theokratische Auffassung. Bei Hugo Grotius noch blieb das jus naturae abhängig von dem göttlichen Ursprung des Menschen[3]): Auch das jus divinum der heiligen Schriften mußte ebenso wie das jus naturae verbindlich bleiben.

Bei Pufendorf fallen Recht und Gesetz auseinander. Er stellt den

---

[49]) *Schaffstein,* Beiträge zur Strafrechtsentwicklung, S. 45; *Hegler,* Die praktische Tätigkeit, S. 17.

[50]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 107.

[1]) *Stammler,* Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 29.

[2]) *Dietze,* Naturrecht in der Gegenwart, S. 64.

[3]) *Wolf, Grotius, Pufendorf, Thomasius,* S. 55.

Satz auf: „Lex differt a iure"[4]). Das Recht ist für ihn nur eine „potentia moralis activa", während „lex decretum est quo superior sibi subjectum obligat". Die obligatio der lex naturalis gründet sich also nur auf ein äußeres Herrschafts- und Gewaltverhältnis. Weil diese lex naturalis ewig gleich bleibt, so kann man ihre Prinzipien in jeder jeweiligen Kulturstufe aus dem ganzen Umfang der geltenden Rechtsordnung entnehmen. Man kann immer nachprüfen, ob ein Gesetz den Grundsätzen der lex naturalis entspricht. Somit schaffte sich die Naturrechtslehre das Fundament, von dem aus sie kritische Maßstäbe an die Gesetze anlegen konnte. Die souverän gewordene ratio unterwarf sich nicht mehr einfach irgendeiner Autorität.

Christian Thomasius hat dem Naturrecht endgültig zum Siege verholfen[5]). Er vollzog die völlige Scheidung zwischen Recht und Moral, indem er den Zwang zum Kennzeichen des Rechts machte. Auch das jus divinum büßte durch ihn seine Rechtsverbindlichkeit ein, was vor allem darin zum Ausdruck kam, daß er heftige Angriffe gegen die Folter, den Glauben an Zauberei und die strenge Bestrafung der Religionsverbrechen richtete.

Mit der Loslösung des Rechts von der Theologie trat an die Stelle der religiös-irrational fundierten Auffassung, daß das Verbrechen Sünde wider Gott sei, eine rationale Strafrechtswissenschaft, die sich die Ergründung des Wesens des Verbrechens und der Strafe zur Aufgabe machte[6]). Die Fragen, wann überhaupt ein Verbrechen vorliegt und weshalb bestraft wird, wurden zu Zentralproblemen der Strafrechtswissenschaft. Unser heutiger Begriff „Tatbestand" kündigte sich bereits an. Es ist bezeichnend, daß man erst jetzt dazu kam, einen den besonderen Lehren vorausgehenden „Allgemeinen Teil" zu schaffen[7]).

Somit mußte die Strafrechtswissenschaft der naturrechtlichen Epoche ein ganz anderes Verhältnis zum Begriff des Strafgesetzes und damit zur Carolina gewinnen, als es noch Carpzov hatte.

Wir sahen, daß noch für Carpzov oberster Grundsatz im Strafrecht war: „ne maleficia remaneant impunita". Das Gesetz hatte für ihn noch keine Bedeutung für die Konstituierung eines Verbrechens[8]). Denn Richter, Gesetz und Staat wurzelten noch so in einer gemeinsamen Rechtsordnung, daß sie sich nicht als Gegensätze empfinden konnten. Nun aber werden im Naturrecht Staat und Gesellschaft zu Gegenspielern; dem Gesetz fällt dabei die Aufgabe zu, die Abgrenzung beider Sphären vorzunehmen. Der Richter steht nun nicht mehr über dem Gesetz, sondern wird ihm als Diener untergeordnet. Noch war die Zeit nicht dazu reif, daß man *nur* dem Gesetz eine das Verbrechen konstituierende Bedeutung

---

[4]) *Wolf,* a.a.O., S. 92 ff.

[5]) *Fleischmann,* Christian Thomasius, S. 59.

[6]) *Loening,* Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, S. 262.

[7]) *Schaffstein,* Die allgemeinen Lehren, S. 11.

[8]) *Boldt,* J. S. F. v. Böhmer, S. 65—67, insbesondere Anm. 71.

zuerkannte. Neben dem Gesetz galt auch noch das überkommene und sich dauernd neu bildende Gewohnheitsrecht. Mit der gegen frühere Zeiten stärkeren Bindung des Richters an das Gesetz taucht auch das Problem der Ausfüllung von Lücken im Gesetz auf. Da man die lex divina nicht mehr als positives Gesetz ansah, mußte man in erster Linie zu dem Mittel der erweiternden Auslegung der Tatbestände greifen. Damit wird die Analogie im Strafrecht und die Auslegung der Artikel 104 und 105 der Carolina zum Problem[9]). Darüber hinaus aber bleibt auch dem Richter der naturrechtlichen Zeit noch Raum für eine Neuschöpfung von Rechtssätzen zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, da auch weiterhin „delicta innoninata" anerkannt werden[10]).

Die eingehende Behandlung aller dieser für die damalige Zeit neuen Probleme bedingte aber auch eine Trennung von Wissenschaft und Praxis, die bei Carpzov noch in einer Person vereinigt sein konnten. Während die Wissenschaft immer deutlicher die Forderung einer strengeren Bindung des Richters an das Gesetz erhob, hatte die Praxis vor allem den Bedürfnissen der Entwicklung der Rechtsanschauung Rechnung zu tragen. Obgleich sich die Praxis ihrer Abweichung von den geschriebenen Gesetzen wohl bewußt war, vertrat sie dennoch diese abweichenden Sätze[11]). Gewiß führte das zu großer Willkür und Rechtsunsicherheit; man versuchte, diesen beklagenswerten Zuständen dadurch entgegenzutreten, daß man sich ängstlich auf die Observanz stützte[12]).

Leyser urteilt über die Praxis seiner Zeit: „Tanta est interpretum in legem Carolinam de falsa moneta tyrannis, ut non abrogent solum poenam ignis, lege hanc sancitam, sed et quasi nova lege certum poenae genus, quod infligendum sit, praecipiant"[13]). An anderer Stelle sagt er: „Incredibile est, quanta sit tyrannis, quam in caussis criminalibus praxis exerceat. Nullus fere est in Carolina articulus, quem observantia, vel Carpzovii auctoritate, vel intempestiva misericordia submixa, non corruperit, in alium sensum detorserit, aut etiam usum eius plane sustulerit"[14]). Hier finden wir auch noch das Ansehen Carpzovs bestätigt.

Demgegenüber wird in einem Tübinger Consilium scharf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit betont: „Et quamvis alias Judex qua talis von dispensator sed minister et executor legis sit, nec alium vel graviorem, vel mitiorem quam in legibus determinatam poenam dictare valeat. Attamen et interpretatio usualis in vim legis transiens posthaberi non debet"[15]). In demselben Sinne sagt Engau: „Judex, qui minister non arbiter legum est,

---

[9]) *Boldt*, a.a.O., S. 51 ff.
[10]) *Boldt*, a.a.O., S. 67.
[11]) *Hegler*, Die praktische Tätigkeit, S. 18.
[12]) *v. Weber*, Zur Geschichte der Analogie, Zeitschr. f. d. g. Strafr.Wiss., Bd. 56, S. 667.
[13]) *Leyser*, Meditationes, Sp. 618 med. VI.
[14]) *Leyser*, a.a.O., Sp. 605 med. IV.
[15]) *M. Graß*, Collationes iuris civilis, pag. 872.

poenam ordinariam nequit extendere, nisi hoc fieri iusta causa . . ."[16]). Bezeichnenderweise sagt er in seiner Vorrede seiner Elementa: „Jurisprudentia scientia practica, non speculativa est, atque tritura forensis saepe tyrannizat, a sanis aberrans regulis". Boehmer spricht dasselbe aus, wenn er sagt: „Quum iudicis. tanquam ministri, non arbitri legum sit, determinatas poenas adplicare"[17]).

Es erhebt sich nun die Frage, ob und inwieweit der lex naturalis die Bedeutung einer lex positiva zukam. Boehmer sagt[18]): „Quumque mitigatio fiat ex iusta causa a iudice, haec vero ex legis determinatio, vel recta ratione, cui se conformare voluisse censetur legislator dependeat". Hiermit wird also versucht, die recta ratio mit dem positiven Gesetz zu identifizieren[19]). Es wird unterstellt, daß die naturrechtlichen Sätze den positiven Gesetzen am „gemäßigsten" seien[20]). „Leges criminales positivae una cum principiis rectae rationis omne punctum ferunt et verum fundamentum constituunt"[21]) *Boehmer* setzt über einen Abschnitt, der von den Milderungsgründen handelt, die Überschrift „Mitigatio poenarum principiis iuris naturae regitur"[22]).

Das jus naturale soll also nicht die Bedeutung eines positiven Gesetzes haben. Denn da das Wort „Natur" in jener Epoche für eine „Beschaffenheit des Sehnens und Strebens verwendet wurde, die allen Menschen zu eigen wäre"[23]), sollte auch das Naturrecht mehr das ausdrücken, was sein soll, als das was wirklich ist[24]). Für die Auslegung der Gesetze allerdings muß man die „principia juris naturae" zu Hilfe nehmen[25])

§ 8.

Erhöhtes Ansehen der Carolina.

a) Auffassung von der Carolina als einer deutschen Rechtsquelle.

Die gegen früher größere Achtung, die man den positiven Gesetzen entgegenbrachte, erstreckte sich selbstverständlich auch auf die Carolina. Rein äußerlich kam die stärkere Beachtung der Carolina darin zum Ausdruck, daß eine Reihe brauchbarer Kommentare erschien, so z. B. von

---

[16]) Elementa iuris criminalis Lib. I, Tit. V, M. IV, § 83.
[17]) Elementa Sect. II, Cap. I, § XVI; ebenso obsenationes P. III, S. 112 oben.
[18]) Elementa Sect. II, Capt. I, § XXII.
[19]) *Loening,* Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des Strafrechts, S. 266.
[20]) *Loening,* a.a.O., S. 270.
[21]) *Boehmer,* Elementa Sect. I, Capt. I, § III.
[22]) Meditationes pag. 859; ebenso pag. 98.
[23]) *Stammler,* Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 29.
[24]) *Loening,* a.a.O., S. 266.
[25]) *Boldt,* J. S. F. von Boehmer, S. 35.

Ludovicus[26]), von *Kreß*[27]) und von *Beyer*[28]). Für *Boehmer* ist die Carolina eine „lex vera", und zwar eine „lex germaniae universalis"[29]). Die seien auf dem richtigen Wege, die aus der Carolina in Verbindung mit der „recta ratio" die allgemeinen Rechtsprinzipien schöpften[30]). „Carolina valet tamquam ius imperii commune"[31]), sagt *Meister* (senior).

Die Bedeutung, die man der Carolina beimaß, wurde noch dadurch erhöht, daß man in ihr eine deutsche Rechtsquelle sah. Während bis zum Naturrecht das Geschichtsbild auf dem Alten Testament beruhte, war nun der Sinn für wirkliche historische Betrachtung und Forschung erwacht. *Conring* und später *Schilter* hatten die These aufgestellt, daß neben dem römischen Recht auch heimische Rechte bestehen geblieben wären[32]). Daraus machte dann das Naturrecht die Forderung einer Bevorzugung der heimischen Rechte. So sagt *Engau:* „Germanico—Carolina principaliter ad nos pertinet. Jus enim Criminale Germanico-Carolinum p r i m u m attendere debet iudex, causas criminales decisurus".

Die salvatorische Klausel hat für *Boehmer* nur den Sinn, daß alte bestehende Gewohnheiten auch weiterhin erhalten bleiben können, aber „intentio tamen Caroli V eo directa fuit, ut omnes leges ac consuetudines particulares derogatorias inposterum dispelleret"[33]). Die Carolina ist „pro norma generali" im Reich publiziert worden[34]). *Boehmer* betont ausdrücklich, daß die Bezeichnung „jus commune" auch auf die Carolina zu erstrecken sei[35]). Denn die von den Römern oder Germanen hergeleiteten Strafen „eo ipso iuris communis sunt, quod Carolinam migrarunt". Neben dem Partikullarrecht und der Carolina bleibt für *Boehmer* als subsidiäre Rechtsquelle das „jus romanum et canonicum" bestehen[36]). In Bezug auf die Bestimmungen des römischen Rechts spricht er von dem „iugum servile peregrinae legislationis"[37]).

Praktisch aber wird weniger nach dem römischen Recht geurteilt, als nach dem usus forensis; denn „utplurimum tamen usualis interpretatio in foro triumphat"[38]). Auch für *Thomasius* ist die Carolina eine Quelle des deutschen Strafrechts, wenn er sagt[39]): „Poenas juris Romani non quadrare

[26]) *Ludovicus,* Jac. Fr.: Caroli quinti constitutiones Criminales cum notis practicis.
[27]) *J. P. Kreß,* Commentatio succincta in Constitutionem criminalem Caroli V.
[28]) *Georg Beyer,* Delineatio juris criminalis sec. CCC.
[29]) *Boldt,* a.a.O., S. 30.
[30]) Observationes P. III. S. 69.
[31]) *G. D. F. Meister,* Principia juris criminalis, § 16.
[32]) *Landsberg,* Geschichte der Rechtswissenschaft, S. 173 ff., S. 187 ff.; *Boldt,* J. S. Fr. von Boehmer, S. 32.
[33]) Elementa Sect. I, Capt. I, § 21.
[34]) Elementa, § 25.
[35]) Meditationes a 104, § 1, S. 319.
[36]) Elementa Sect. I, Capt. I, § 26.
[37]) Meditationes a 180, § 5, S. 878.
[38]) Elementa Sect. I, Capt. I, § 27.
[39]) *Thomasius,* De judice sententiam in causis criminalibus latam ab actis removente, S. 32.

ad fora germanica, nec etiam in Germania esse receptas. Fontes poenarum esse constitutionem criminalem, et constitutiones provinciales Statuum Imperii, intuitu delictorum speciatim ibi nominatorum et quibus poena certa assignata est". *Meister* (jun.) nennt bei der Aufzählung der deutschen Rechtsquellen die Carolina an erster Stelle[40]).

b) Kritik der Naturrechtler an den Mängeln der Carolina.

Zwischen der Publikation der Carolina und der hier zur Erörterung stehenden Epoche lag eine Zeit von 200 bis 250 Jahren. Unterdessen hatten sich die Anschauungen über Strafgrund und Strafzweck gewandelt. An die Stelle des früher vorherrschenden Abschreckungsprinzips traten die präventiven Zwecke. Damit verbunden war das Eindringen humanerer Auffassungen in die Strafrechtspflege[41]). Die Anwendung der Todesstrafe wurde eingeschränkt, und die verstümmelnden Strafen wurden durch Zuchthaus- oder Arbeitsstrafen ersetzt. *Thomasius* z. B. sagt[42]): „Crudelitas enim semper dedecet, uti omnes homines, ita vel maxime principes, at clementia et misericordia est ornamentum principum".

Somit wurde der Zwiespalt zwischen den Forderungen der Zeit und dem überkommenen Gesetz immer fühlbarer[43]). Die Tatsache, daß man eine starke Bindung des Richters an die Vorschriften der Carolina als eines Gesetzes forderte, hinderte nicht, eben dieses Gesetz scharf zu verurteilen. So sagt *Leyser*[44]): „Inter omnes ICtos, quotquot unquam consiliis principum adhibiti sunt, nulli ineptiores fuerunt eis, per quos Carolus V. Imperator suas de criminibus leges compilavit. Exegerunt illi monumentum inscitiae suae, inertiae, indiligentiae aere perennius, quod nulla unquam deletura est vetustas". *Koch* sagt dazu: „Dies Urteil ist so ungegründet, als verwegen"[45]).

Dieser Verurteilung der Carolina durch *Leyser* stimmt Boehmer voll und ganz zu, wenn er z. B. ausführt, daß vieles einfach übergangen wäre, was hätte erwähnt werden müssen, daß anderes unklar oder ungenügend erklärt, daß fremdes und deutsches Recht planlos vermischt worden wäre[46]). Dieses Urteil wiederholt fast wörtlich auch *Meister* (sen.)[47]). Gerechter urteilt der jüngere *Meister*, wenn er sagt[48]), unter Berücksichtigung der Zeit ihrer Abfassung sei die Carolina „laude dignissima", wenn sie auch jetzt überholt sei.

---

[40]) *D. G. J. Fr. Meister,* Principia juris criminalis, § 5.
[41]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 126.
[42]) *Thomasius,* a.a.O., § 4.
[43]) *Boldt,* a.a.O., S. 23.
[44]) a.a.O., Sp. 633 med. 1.
[45]) Hals oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Carls V., S. 13.
[46]) Elementa Sect. I, Capt. I, § 24.
[47]) *Chr. Fr. G. Meister,* Principia Juris Criminalis, S. I, § 24.
[48]) *D. G. J. Meister,* Principia Juris Criminalis, § 15.

c) Die Carolina und die Partikulargesetzgebung.

Die Reichsgewalt war zu schwach, um hier eine dem Geist der Zeit entsprechende Abhilfe zu schaffen. Noch wagten auch die einzelnen Territorien nicht, sich endgültig vom Boden des gemeinen Rechts und der Carolina zu lösen. Man ging zunächst nur vorsichtig und tastend vor. So verweist das im Jahre 1757 publizierte Stadtrecht von Rostock noch mehrfach auf die Carolina[49]). Auch das Berliner Kammergericht wurde im Laufe des 18. Jahrhunderts noch auf die Beobachtung der Carolina hingewiesen[50]). König Friedrich Wilhelm I. von Preußen sagt 1736 in einem Befehl zur Abfassung eines Strafgesetzbuches[51]): „Befehlen Euch daher in Gnaden, Euch unverzüglich und alle Tage zusammenzuthun, die Peinliche Halsgerichtsordnung zum Fundament zu nehmen, solche von Articul zu Articul durchzusehen . . ."

Joseph I. erließ 1707 für Böhmen, Mähren und Schlesien eine peinliche Gerichtsordnung, durch die die Carolina ausdrücklich als subsidiäre Rechtsquelle anerkannt wurde.

Die Carolina erlangte in dieser Zeit noch dadurch besondere Bedeutung, daß sie von den Schweizer Regimentern, die in fremden Diensten standen, als Strafgesetzbuch anerkannt wurde[52]). Denn ihre Strafgerichtsbarkeit wurde nicht von den Staaten, denen sie sich zum Dienst verpflichtet hatten, ausgeübt, sondern von ihren eigenen Offizieren. Die Carolina war gerade dadurch, daß sie das Strafrecht in gemeinverständlicher Weise darstellte, geeignet, einen Schweizer Offizier über die Grundlagen des Strafrechts zu unterrichten. Zu diesem Zweck erschien sie im Jahre 1734 in Paris in französischer Übersetzung mit dem Titel: „Code criminel de l'Empereur Charles V vulgairement appellé la Carolina: contenant les loix qui sont suivies dans les Juridictions Criminelles de l'Empire: Et à l'usage des conseils de guerre des Troupes Suisses".

In der Schweiz selbst war die Carolina im 18. Jahrhundert durchaus geltendes Recht[53]).

§ 9.

Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina in der Epoche des Naturrechts.

In der naturrechtlichen Epoche waren die Voraussetzungen viel eher als noch etwa zu Carpzovs Zeit gegeben, der Bedeutung eines Gesetzes gerecht zu werden. Das Gesetz bekommt nunmehr konstitutiven Charakter. Der Gesetzesbegriff beginnt, sich von dem allgemeinen Rechtsbegriff loszulösen und selbständig und damit zu einem wissenschaftlichen Problem

[49]) Rostocksches Stadtrecht, Verweis z. B. 4. Theil, Titel II, Titel VI, Titel VIII.
[50]) *Wächter,* Gemeines Recht, S. 161.
[51]) *Berner,* Die Strafgesetzgebung in Deutschland, S. 31.
[52]) Vergl. dazu *Meier,* Geltung der PGO. in der Schweiz, S. 230 ff.; *Nagler,* Geltung der Carolina in Basel, S. 75, Anm. 158.
[53]) *Meier,* a.a.O., S. 123.

zu werden. Infolge dieser allgemeinen Entwicklung betrachtet man auch die Carolina unter einem ganz anderen Gesichtspunkt: Man mißt ihr als einem verbindlichen Gesetz erhöhte Bedeutung bei und macht sie zum Ausgangspunkt und zur Grundlage einer deutschen Strafrechtspflege.

Rein äußerlich betrachtet, war ihr Geltungsbereich und Einflußgebiet im 18. Jahrhundert am größten. Aber den dadurch an sie herantretenden Aufgaben zeigte sich die noch in mittelalterlichem Gedankengut wurzelnde Carolina nicht mehr gewachsen, so daß die Praxis sich weitgehend vom Boden ihrer harten Strafbestimmungen im Sinne einer milderen Auffassung entfernte, und beide, Wissenschaft und Rechtsprechung, sich zu harten Urteilen über die Carolina hinreißen ließen. Die Zeit war reif für neue Gesetzgebungen, die ihren Anforderungen eher gerecht werden konnten als die nunmehr in ehrwürdigem Alter stehende Carolina.

IV. Bedeutung der Carolina zur Zeit der Aufklärung.

§ 10.

Die Carolina und die Codificationen der Einzelstaaten.

In der naturrechtlichen Epoche hatte man das Recht aus der Natur des Menschen herzuleiten versucht[1]). Grundlage für die Ergründung des Rechts war diese menschliche Natur. In der Aufklärungszeit aber ging man von der Natur des Rechtes selbst aus. Man fragte nunmehr nach seinem Sinn und nach seiner Bedeutung. Die Vernunft forderte eine Idee des Rechts: nach vernünftigen Grundsätzen mußten auch die Gesetze aufgebaut und abgefaßt werden. Auch in der Gesetzgebung forderte die Denkungsweise der Aufklärungszeit eine vorurteilslose, vor allem eine von der kirchlichen Autorität freie Betätigung des menschlichen Geistes. Bezeichnend für den Einfluß dieser Ideen auf das Strafrecht ist die Lehre von Anselm von Feuerbach[2]).

Ein Leitsatz der Aufklärung war: der Mensch dürfe nicht an Gottes Statt richten, weshalb die Strafe nicht mehr als Vergeltung aufzufassen sei, sondern ihre Androhung und Exekution nur der Verhinderung von Verbrechen diene. Feuerbach sagt nun, dazu genüge nicht ein physischer Zwang, sondern es bedürfe vor allem eines psychologischen Zwanges, der durch die gesetzliche Strafandrohung und nötigenfalls durch die Execution der Strafe erreicht würde. Das Gesetz habe deshalb den Zweck der Abschreckung der Gesamtheit, der Strafvollzug bedeute keine Vergel-

[1]) *Stammler,* Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 32.
[2]) Vergl. *v. Hippel,* Deutsches Strafrecht, S. 293.

tung, sondern die notwendige Folge aus dem Gesetz, ohne deren Eintritt das Gesetz allein keinen psychologischen Zwang ausüben könne. Ähnliche Gedankengänge lagen Beccarias Forderungen zu Grunde, die Strafe müsse öffentlich, schnell eintretend, möglicht milde, im Gesetz bestimmt und den Verbrechen angemessen sein[3]).

Um diesen Ideen Eingang in das Strafrecht und in den Strafvollzug zu verschaffen, bedurfte es vieler Reformen in der praktischen Strafrechtspflege und in der Gesetzgebung. Diese Änderungen wurden nicht von dem kurz vor seinem Ende stehenden Reiche vorgenommen, sondern gingen vielmehr von den einzelnen Staaten aus. An Hand der Gesetzgebungen einiger Staaten verfolgen wir nun die allmähliche Loslösung des Strafrechts von der Carolina, die schließlich zu ihrer endgültigen Überwindung führte.

In Preußen verkündete bereits im Jahre 1740, im Jahre seines Regierungsantritts, Friedrich der Große, daß die Folter nur noch bei Majestätsverbrechen, bei Landesverrat und Massenmord anzuwenden sei. Die vollständige Abschaffung erfolgte im Jahre 1754 und für Schlesien im Jahre 1756[4]). 1740 wurde an Stelle des Säckens beim Kindesmord die Schwertstrafe gesetzt. Es folgte die Aufhebung der Landesverweisung und der Todesstrafe bei nicht gewaltsamen Eigentumsdelikten[5]). Weitere Reformen wurden durch Friedrich d. Gr. während der zehn Friedensjahre 1746 bis 1756 vorgenommen; sie bringen die Abschaffung der Todesstrafe bei Sodomie, Milderung der Strafe bei Wilddieberei, Beseitigung der Verschärfung der Todesstrafe und durchgreifende Einschränkung des Anwendungsgebietes der Todesstrafe überhaupt im Wege des Begnadigungsrechtes. Im Jahre 1765 erfolgt die Aufhebung aller Strafen wegen einfacher Unzucht.

Es handelt sich also bei diesen Reformen um einen entscheidenden Eingriff in die Carolina, der die Grundlage des bis dahin auch für Preußen geltenden gemeinen Rechts heftig erschütterte, aber die Carolina auch weiterhin als subsidiäre Rechtsquelle bestehen ließ. Erst die Publication des Allgemeinen Landrechts im Jahre 1794 durch Friedrich Wilhelm III. bedeutete die völlige Ausschaltung der Carolina für die preußischen Lande, trat doch das Allgemeine Landrecht gänzlich an die Stelle des bisherigen gemeinen Rechts, demgegenüber es unbedingt einen Fortschritt bedeutete[6]). Den bezeichnendsten Ausdruck fand in seinem strafrechtlichen Teil die Aufklärungsidee in dem Analogieverbot[7]).

In Bayern wurde schon im Jahre 1751 das gemeine Recht als subsidiäres Recht durch den Codex Juris Bavarici Criminalis außer Kraft gesetzt. Bei vorkommenden Lücken oder Unklarheiten wurde der Richter lediglich

[3]) *v. Hippel,* Deutsches Strafrecht, S. 266—269.
[4]) *Berner,* Die Strafgesetzgebung in Deutschland, S. 32 ff.
[5]) Vergl. *v. Hippel,* Deutsches Strafrecht, S. 272 ff.
[6]) *v. Hippel,* a.a.O., S. 282.
[7]) Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten, 2. Theil, 20. Titel, § 9.

an die aequitas und die analogia iuris verwiesen[8]). Wenn auch dieser Codex sich materiell sehr an das gemeine Recht, besonders auch die Carolina anschloß und sich nur wenig über den Standpunkt der Carolina erhob, so wurde doch wenigstens durch ihn auch in Bayern die Tortur abgeschafft, weiterhin wurde dem Richter ein ausgedehntes Strafmilderungsrecht eingeräumt.

Ein solches, dem Zeitgeist noch wenig entsprechendes Gesetz, war für die Dauer untragbar. Es wurde demnach auch im Jahre 1813 durch das Bayerische Strafgesetzbuch ersetzt, das von Anselm von Feuerbach verfaßt war und in Bezug auf Sprache und Form als vorbildlich gelten konnte, das jedoch inhaltlich so viele Mängel hatte, daß es bald durch viele Novellen modifiziert werden mußte[9]).

Wenige Jahre nach der Loslösung Bayerns von der Carolina erließ Maria Theresia für ihre deutschen Erblande die „Constitutio Criminalis Theresiana"[10]). In der Vorrede dieses im Jahre 1768 erlassenen Gesetzes heißt es, daß alle früheren Ordnungen, Gebräuche, Herkommen und Gewohnheiten „aufgehoben und abgethan" seien[11]). Die Theresiana stand mit dem Bayerischen Strafgesetzbuch von 1751 durchaus auf gleicher Stufe, so daß es auch in Österreich bald eines neuen Gesetzbuches bedurfte. Nachdem schon im Jahre 1776 die Tortur abgeschafft worden war, erging im Jahre 1787 das „Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung", die sogen. Josephina[12]). Während die Theresiana die Analogie zugelassen hatte, ist sie hier ausgeschlossen. Überhaupt ist der Richter sehr streng an den Buchstaben des Gesetzes gebunden. Im Jahre 1803 wurde die Joephina durch ein sehr gutes, der Zeit entsprechendes Strafgesetzbuch ersetzt[13]).

Durch das Inkrafttreten der Partikulargesetzbücher Österreichs, Preußens und Bayerns hatten sich bedeutende Teile Deutschlands von dem Boden des sonst in Deutschland geltenden Rechts und damit auch der Carolina völlig entfernt. Wenn auch diese neuen Gesetzgebungen mit dem alten Recht viele Übereinstimmungen aufwiesen, so handelte es sich doch nur um eine tatsächliche Gemeinsamkeit, die aber keine juristische war[14]). Diese Tatsache wurde jedoch von vielen Wissenschaftlern der damaligen Zeit übersehen, so von *Grolmann* und *Feuerbach*, die bis zur endgültigen Auflösung des Reiches immer noch von einem in ganz Deutschland geltenden Strafrecht sprachen, dessen subsidiäre Rechtsquelle die Carolina war. In Wirklichkeit jedoch galt das gemeine Strafrecht nur noch in einem kleinen Teile Deutschlands. In Baden z. B. wurde im Jahre 1803 noch

---

[8]) *Berner*, a.a.O., S. 2 ff.
[9]) *Berner*, a.a.O., S. 78 ff.
[10]) *Berner*, a.a.O., S. 8 ff.
[11]) Constitutio Criminalis Theresiana 1769 in der Vorrede.
[12]) *Berner*, a.a.O., S. 18 ff.
[13]) Berner, a.a.O., S. 45 ff.
[14]) *Wächter*, Gemeines Recht, S. 164 ff.

einmal ausdrücklich auf die Carolina als das geltende Gesetz hingewiesen, wenn auch unter Abänderung vieler ihrer Artikel[15]). In Württemberg war die Carolina noch bis zum Erlaß des neuen Strafgesetzbuches vom Jahre 1839 die Grundlage des Strafrechts. In einem 1838 vor dem Landtag gehaltenen Vortrag wird gesagt[16]): „Wie in der Mehrzahl deutscher Staaten, so bildet auch in unserem Vaterlande die im Jahre 1532 vom Kaiser Karl V. verkündete peinliche Halsgerichtsordnung noch jetzt die Grundlage der Kriminalgesetzgebung." In Hannover wurde die Carolina endgültig erst 1840 mit dem Erlasse des Criminalgesetzbuches außer Kraft gesetzt[17]). Im Kanton Neuenburg, der bis 1856 dem König von Preußen gehörte, wurde 1848 ein förmlicher Beschluß gefaßt: „La loi dite Caroline ne pourra désormais recevoir d'application dans le canton de Neuchâtel"[18]).

§ 11.

Das Verhältnis von Wissenschaft und Praxis zur Carolina.

Die Carolina hat jedoch auch in den Teilen des 1806 aufgelösten Reiches, in denen sie noch weit bis ins 19. Jahrhundert hinein Geltung hatte, immer mehr an praktischer Bedeutung verloren. Wie die Praxis, so entfernte sich auch die Strafrechtswissenschaft mehr und mehr vom Boden des alten gemeinen Rechts und damit auch der Carolina im Sinne einer Berücksichtigung der Ideen der Aufklärung.

Kennzeichnend für den Einfluß der Aufklärung auf das Strafrecht ist das Werk des Mecklenburger Juristen *Quistorp* „Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts". Während z. B. nach Art. 107 der Carolina demjenigen, der einen Meineid leistet, die zwei Finger, mit denen er schwört, abgehauen werden sollen, wird der Meineidige auf Grund des Gerichtsgebrauches nur willkürlich bestraft, sofern durch seinen Meineid kein Schaden entstanden ist[19]). Nur wenn durch den Meineid ein Unschuldiger das Leben verloren hat, soll nach wie vor die Todesstrafe eintreten; wird der Unschuldige auf Grund des Meineids zu schwerer Strafe verurteilt, so trifft auch denjenigen, der den Meineid geleistet hat, dieselbe harte Strafe, also auch hier bleibt es bei der Vorschrift der Carolina. Ebenfalls ist wegen Gotteslästerung[20]) nicht mehr wie in Artikel 106 der Carolina auf Abhauung der Glieder, besonders der Zunge zu erkennen. Selbst bei vorsätzlicher Gotteslästerung soll nicht mehr mit dem Tode bestraft, sondern nur zu öffentlichen Arbeiten und anderen gemäßigten Strafen verurteilt werden.

---

[15]) *Wächter,* a.a.O., S. 237, Anm. 63; *Berner,* Strafgesetzgebung, S. 197.
[16]) *Berner,* a.a.O., S. 107.
[17]) *Nöldeke,* Criminalrechtspflege in Celle, S. 49; *Deichert,* Zur peinlichen Rechtspflege im alten Hannover, S. 103.
[18]) *Meier,* Geltung der PGO. im Gebiete der heutigen Schweiz, S. 225.
[19]) *Quistorp,* S. 251.
[20]) *Quistorp,* S. 293.

An diesen Beispielen sehen wir, daß die auf dem Abschreckungsprinzip beruhenden harten Strafen der Carolina abgeschafft und neue Strafarten eingeführt sind.

Der völlige Sieg der Aufklärungsideen kommt vor allem in der Beseitigung jeglicher Strafe bei Zauberei zum Ausdruck. *Quistorp*[21]) sagt dazu: „Man kann nicht ohne Bedauern die Todesurteile voriger Zeiten lesen, die über Leute ausgesprochen wurden, deren Dummheit man eher belehren, deren Bosheit und Betrügereien man mehr züchtigen, oder deren Krankheit man durch Arzneymittel hätte heilen sollen". Anstatt einen Prozeß anzustrengen, „pflegt man heute vielmehr die Gemüths- und Leibesbeschaffenheit der angeblichen Zauberer vor allen Dingen zu untersuchen". Die Zauberei kann allerdings zugleich Gotteslästerung sein, sodaß dann diese Grundsätze zur Anwendung kommen.

§ 12.

Ergebnis der Untersuchungen über die Bedeutung der Carolina zur Zeit der Aufklärung.

Die Carolina begann also von der Mitte des 18. Jahrhunderts an viel an Bedeutung zu verlieren. Die Gesetzgebungen, die von den einzelnen Staaten im Laufe der nächsten 100 Jahre erlassen wurden, schlossen sie vielfach als subsidiäre Rechtsquelle ausdrücklich aus, sodaß schon ihr räumlicher Geltungsbereich stark eingeschränkt wurde. Das gemeine für ganz Deutschland geltende Strafrecht, von dem die Wissenschaft noch sprach, war nunmehr nur noch eine Fiktion. Selbst in den Gebieten, in denen die Carolina noch formelle Geltung hatte, wurde sie nur im Sinne der Aufklärungsidee praktisch stark abgewandelt zur Grundlage der rechtlichen Erkenntnisse gemacht.

Man machte auch nicht mehr den Versuch, diesen Widerspruch zwischen der Rechtsprechung und dem Gesetz irgendwie zu überbrücken. Die innere Kraft der Carolina, wenigstens äußerlich ein ihr gerecht werdendes Ansehen zu erzwingen, war erloschen. Sie wurde zu einem dankbaren Gegenstand der Geschichtsforscher.

---

[21]) S. 276 f.

Literatur-Verzeichnis.

Abegg: Beiträge zur Geschichte der Abfassung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Criminalrechtsarchiv 1854, S. 440 ff.

Abegg: Bemerkungen über den strafrechtlichen Teil von Gobler's Rechtenspiegel und gerichtlichen Proceß. Criminalrechtsarchiv 1835, S. 1 ff.

Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten.

Baumgärtner: Die Geltung der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. in gemeinen III Bünden. Bern 1929 (Diss.).

Bayern, Landrecht der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayern, 1616.

Becker, Walter: Magdeburger Recht in der Lausitz. Stuttgart 1931.

Berner, Albr. Friedr.: Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart Leipzig 1867.

Beyer, Georg: Delienatio juris criminalis sec. CCC. Leipzig 1737.

Biener: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses. Leipzig 1827.

Biener: Über die historische Methode und ihre Anwendung auf das Criminalrecht. Criminalrechtsarchiv Bd. 10, S. 610 ff.

Bode, Gustav: Die Bestrafung des Kindesmords im mittelalterlichen schweizerischen Recht. Archiv für Strafrecht, Bd. 56, S. 131 ff.

v. Boehmer, J. S. Fr.: Elementa iurisprudentiae criminalis. Editio Quarta Halle 1749.

v. Boehmer, J. S. Fr.: Meditationes in constitutionem Carolinam. Magdeburg 1770.

v. Boehmer, J. S. Fr.: Observationes selectae ad Carpzovi practicam novam rerum criminalium. Frankfurt 1759.

Boldt, Gottfr.: J. S. Fr. v. Boehmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft. Berlin und Leipzig 1936.

Bruch, Hans: Die Strafrechtspflege in der Stadt Trier im 16., 17. und 18. Jahrhundert. Freiburg 1934 (Diss.).

Brunnenmeister, E.: Die Quellen der Bambergensis. Leipzig 1879.

Carpzov, Benedict: Practicae Novae Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium. Lipziae 1709.

Codex Augusteus. Leipzig 1724.

Constitutio Criminalis Theresiana. 1769.

Constitutiones Saxonicae.

Dahm, Georg: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Berlin und Leipzig 1931.

Dargun: Die Reception der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. in Polen. Zeitschrift für Savigny-Stiftung. 10. Bd., 1889.

Deichert, H.: Zur Geschichte der peinlichen Rechtspflege im alten Hannover. Hannoversche Geschichtsblätter. 15. Jahrgang 1912.

Dietze: Naturrecht in der Gegenwart. Bonn 1936.

v. Dorneck, Johann Arnold: Practica und Prozeß. Frankfurt 1576.

v. Droste: Einleitung in das gemeine Deutsche Criminalrecht. Bonn 1826.

Elwenspoeck, Curt: Über die Quellen des im Landrecht für das Herzogtum Preußen von 1620 enthaltenen Strafrechts. Breslau 1908 (Diss.).

Engau, Joh. Rud.: Elementa jurisprudentiae criminalis germanico-Carolini. Jena 1738.

Eyhard, Chr., Dan.: De constitutionis Carolinae usu in forum Saxonicum introducto 1799.

Fichard, Joh.: Consiliorum Tomus Alter. Frankfurt MDL XXXX.

Finger: Compendium des Österreichischen Rechts. Das Strafrecht. Bd. I, 3. Aufl. 1912.

Fleischmann, Max: Christian Thomasius Leben und Lebenswerk. Halle 1931.

Franckfurt. Ernewerte Reformation. Frankfurt 1611.
Friderus, Petrus Mindanus: Consultationes Saxonicae. Frankfurt 1616.
Fröhlich von Frölichsburg: Commentarium zu Kayser Carl des Fünfften und des Heil. Röm. Reiches Peinliche Halsgerichtsordnung. Frankfurt und Leipzig 1741.
Geib: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Erster Band, Geschichte, Leipzig 1861.
Gerstäcker: Darf dem positiven Criminalrecht ein philosophischer Teil zu Grunde gelegt werden? Criminalrechtsarchiv, Bd. 7, S. 366 ff.
Geßler: Entwurf einer Criminalordnung für Württemberg von 1609. Zeitschrift für Deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. 20. Bd., Tübingen 1861, S. 223 ff.
Gilhausen, Ludovici: Jurisconsulti Arbor Judiciaria Criminalia. Frankfurt 1606.
Gobler, Justin: Der Rechtenspiegel. Frankfurt 1550.
Graß, Michael: Collatiorum iuris civilis Romani cum recess. imperii Rom. Cermanici. Tübingen 1723.
Gueterbock, Karl: Die Entstehungsgeschichte der Carolina. Würzburg 1876.
Gwinner, Heinrich: Der Einfluß des Standes im Strafrecht. Breslau-Neukirch 1934.
Hälschner, Hugo: Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts. Bonn 1855.
Hamburg, Statuta und Gerichtsordnung von 1603. Hamburg 1842.
Harpprecht, Johannes: Tractatus criminalis. Frankfurt 1603.
Hegler, August: Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts. Freiburg 1899.
Hellinger, Karl: Die Carolina in Gengenbach. Archiv für Strafrecht 1912, 59. Bd., S. 78 ff.
Henke: Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Berlin, Stettin 1823, 1. Teil.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht. Erster Band, Allgemeine Grundlagen. Berlin 1925.
Hoegel, Hugo: Geschichte des Österreichischen Strafrechts. 1. Heft, Wien 1904.
Holz, Leonhard: Beiträge zur Geltung der Carolina in Brandenburg. Archiv für Strafrecht 1907, Bd. 54.
Jülich, Cleve und *Berge:* Ordnung und Reformation des Gerichtlichen Proces. 1557.
Kantorowicz, Herm.: Goblers Karolinenkommentar und seine Nachfolger. Berlin 1904.
Kohler, Jos.: Das Strafrechtsprinzip des Thomas von Aquin und der Codex Juris Canonici. Archiv für Strafrecht, Bd. 67, S. 345 ff.
Kohler, Jos.: Die Carolina in den freien Reichsstädten Offenburg und Zell am Hamersbach. Archiv für Strafrecht, Bd. 59, S. 218 f.
Kohler, Jos.: Über die Anwendung der Carolina. Archiv für Strafrecht, 58. Band, S. 301 ff.
Kohler und *Scheel:* Die Bambergische Halsgerichtsordnung. Halle 1902.
Köstlin: Geschichte des deutschen Strafrechts. Tübingen 1859.
Kreß, Joh. Paul: Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. 1760.
v. Leyser, Augustin: Meditationes ad Pandectas. Bd. VIII und IX, Leipzig 1746/48.
v Liszt-Eb. Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl., 1927.
Loening: Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des Deutschen Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. III, S. 219 ff.
Ludovicus, Jac. Friedr.: Caroli Quinti constitutiones criminales cum notis practicis. 1716.
Malblanc, D. J. Fr.: Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Nürnberg 1783.
Maurenbrecher, Romeo: Die Rheinpreußischen Landrechte. 2. Bd., Bonn 1831.
Mayer, Hellmuth: Die Strafrechtstheorie bei Luther und Melanchthon. In: Rechtsidee und Staatsgedanke. Festgabe für Julius Binder, S. 77 ff. Berlin 1930.

Meier, Alb.: Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz. Bern 1910 (Diss.).
Meister, Chr. Fr. G. (sen.): Principia iuris criminalis Germaniae Communis. Göttingen 1760.
Meister, G. J. Fr. (jun.): Principia juris Criminalis Germaniae communis. Göttingen 1789.
Meye, Albr.: Das Strafrecht der Stadt Danzig von der Carolina bis zur Vereinigung Danzigs mit der preußischen Monarchie. Freiburg 1935 (Diss.).
Mittermaier: Über die neuaufgefundene Halsgerichtsordnung von 1506 für die Stadt Ratolphzell. Neues Criminalrechtsarchiv, Bd. IX, S. 44 ff.
Müller, Edw.: Das Strafrecht der früheren freien Reichsstadt Überlingen. Freiburg 1911 (Diss.).
Müller, M. F. S.: Über das Geschichtliche der Folter und derselben Gebrauch und Mißbrauch bei den peinlichen Verfahren in dem Kurfürstenthum Trier im 16., 17. und 18. Jahrhundert. Trier 1831.
Münstersche Landgerichtsordnung 1571.
Nagler, Johannes: Die Geltung der Carolina in Basel. In der Festschrift zur Feier des 450jährigen Bestehens der Universität Basel. Basel 1910.
Nagler, Johannes: Die Strafe. Leipzig 1918.
Nassaw-Katzenelnbogische Polyzeyordnung. Herborn 1615.
Nöldeke: Die Criminalrechtspflege in Celle, insbesondere im 16. und 17. Jahrhundert. Celle 1895.
Oppenhoff, Karl: Die Strafrechtspflege des Schöffenstuhls zu Aachen seit dem Jahre 1657. Zeitschrift des Aachener Geschichtsvereins. 6.Bd., Aachen 1884.
Perneder: Halsgerichtsordnung. Ingolstadt 1592.
Pfaltz: Chur-Fürstlich-Pfaltz-Landts Ordnung. Heydelberg 1582.
v. Quistorp, J. Chr.: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Teil I, Rostock und Leipzig 1794.
Radbruch, Gust.: Der Raub in der Carolina. Festschrift für Pappenheim, S. 37 ff. Breslau 1931.
Radbruch, Gust.: Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Leipzig, Verlag Reclam.
Radbruch, Gust.: Stand und Strafrecht. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 49, 1935.
Ratschläge für das Studium der Rechte aus dem Wittenberger Humanistenkreise. Dem Deutschen Juristentag 1936 überreicht von der Juristenfakultät Leipzig.
Reichsabschiede. Neue und vollständige Sammlung. Frankfurt 1747.
Rauchdorn, Heinr.: Practica und Proces. Peinlicher Halsgerichtsordnung. Leipzig 1594.
Röhrig, Herb.: Das sächsisch-thüringische Strafrecht im 19. Jahrhundert. Göttingen 1924 (ungedr. Diss.).
Roßhirt, Konr. Eugen: Geschichte und System des deutschen Strafrechts. Erster Teil. Allgemeine Rechtsgeschichte. Stuttgart 1838.
Rostocksches Stadtrecht. Rostock 1757.
Sawr, Abraham: Fasciculus constitutionum de poenis vulgo Straffbuch. Frankfurt 1598.
Schaffstein, Fr.: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov. Der Gerichtssaal, Bd. 101.
Schaffstein, Fr.: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Berlin 1930.
Schindler, Georg: Verbrechen und Strafen im Recht der Stadt Freiburg im Breisgau von der Einführung des neuen Stadtrechts bis zum Übergang an Baden. Freiburg 1937.

Schletter, Herm.: Die Constitutionen Kurfürst August's von Sachsen. Leipzig 1857.
Schmidt, Eberhard: Die Carolina. Zeitschrift für Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abt. Bd. 53, 1933, S. 1 ff.
Schröder, Rich.: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1922.
Schultze, Alfr.: Die Zwickauer Stadtrechtsreformation 1539/69. Leipzig 1935.
Seeger: Die strafrechtlichen consilia Tubingensia bis 1600. Tübingen 1877.
Sohm: Deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. I, 1874.
Solms: Gericht und Landt Ordenung deren Graffschaft Solms. 1599.
Stammler, Rud.: Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin und Leipzig 1923.
Stein, Joach. Luk.: Abhandlungen des Lübischen Rechts. 1745. Dritter Theil.
Stintzing-Landsberg: Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft. München und Leipzig 1880, 1884, 1898.
Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen. 2. Abt. Braunschweig 1864.
Stölzel, Ad.: Entwicklung des gelehrten Richtertums. Bd. I, Stuttgart 1872.
v. Strenge-Devrient: Die Stadtrechte von Eisenach, Gotha und Waltershausen. Jena 1909.
Theodoricus, Petrus: Judicium criminale practicum. Jena 1671.
Thomasius, Chr.: De Judice Sententiam in Causis criminalibus latam ab actis removente. Halle 1709.
Tittmann, Karl Aug.: Geschichte der deutschen Strafgesetze. Leipzig 1832.
v. Wächter, K. G.: Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht. Erster Band, Stuttgart 1877.
v. Wächter, K. G.: Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gemeines Deutsches Strafrecht. Leipzig 1844.
v. Wächter, K. G.: Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht. Erster Band, an sich und in ihrem Verhältnis zur Carolina. Criminalrechtsarchiv 1836, S. 115 ff.
v. Wächter, K. G.: Über die Reception der Carolina in den einzelnen Territorien Deutschlands, insbesondere in Sachsen. Criminalrechtsarchiv 1837, S. 59 ff.
v. Weber, Hellmuth: Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 56. Bd., 1937, S. 653 ff.
Winter, Reinhard: Die Strafgesetzgebung in Althessen von der Karolina bis zum Jahre 1806. 1923. Göttinger (ungedr.) Diss.
Wolf, Erik: Grotius, Pufendorf, Tomasius. Drei Kapitel zur Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft. In: Heidelberger Abhandlungen zur Philosophie und ihrer Geschichte. Tübingen 1927.
Württemberg. Des Fürstenthumbs Würtemberg gemeine Landtsordnungen 1585. publ. 1567.
Zeitschrift für Deutsches Recht. Jahrgang 13, 1852, S. 432 ff. Ein peinliches Verfahren unter Anwendung der CCC nach Gerichtsakten vom Jahre 1548.
Zoepfl, Heinr.: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Heidelberg 1842. Die Carolina wird zitiert nach der Ausgabe von Zoepfl.

LEBENSLAUF.

Am 19. Januar 1914 wurde ich, *Siegfried Schmidt,* als Sohn des Kaufmanns *Adolf Schmidt* und seiner Ehefrau *Toni,* geb. Schweitzer, als erstes von drei Geschwistern in Barmen geboren.

Ich bin evangelisch-reformierter Konfession.

Von Ostern 1924 ab besuchte ich das Barmer humanistische Gymnasium, an dem ich am 13. März 1933 die Reifeprüfung bestand. Vom Sommersemester 1933 ab studierte ich drei Semester in Marburg und ein Semester in Berlin Rechtswissenschaft. Nachdem ich im Sommer 1935 meiner Arbeitsdienstpflicht genügt hatte, beendete ich mein Studium in Bonn und bestand am 28. Juli 1937 beim Oberlandesgericht in Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 1. Juni 1938 vor der Fakultät ab. Zu großem Dank bin ich Herrn Professor *von Weber* verpflichtet, der die Leitung meiner Arbeit übernommen hatte und mir bei ihrer Abfassung wertvolle Hilfe zuteil werden ließ.